

**Der Effektenhandel durch
Vermittlung der Privatbanken**

Nikolaus Vötter

1961

**Der Effektenhandel durch
Vermittlung der Privatbanken**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
verfaßt und
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Nikolaus Vötter
aus München

München 1961

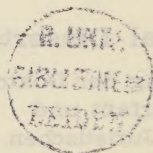
Referent:

Professor Dr. E. ULMER

Correferent:

Priv. Doz. Dr. W. ZÖLLNER

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juni 1961



vorgelegt von
Nikolaus Vötter
aus München

München 1961



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	VIII
Vorwort	XVII

I. ABSCHNITT

Allgemeine Fragen

§ 1	Grundzüge der Bankverwahrung	1
I.	Geschichte des Bankverwahrungsrechts	1
II.	Arten der Bankverwahrung	1
1.	Sonderverwahrung	1
2.	Sammelverwahrung	2
a)	Begriff der Sammelverwahrung	3
b)	Entstehung des Miteigentums	4
c)	Arten der Sammelverwahrung	6
3.	Drittverwahrung	6
a)	Drittverwahrung des Sonderdepots	6
b)	Drittverwahrung des Haussammelbestands	7
c)	Drittsammelverwahrung	7
4.	Depot mit Verfügungsermächtigung	8
5.	Depot mit Tauscheremächtigung	9
6.	Pfandverwahrung	10
7.	Das irreguläre Depot	11
§ 2	Begriff des Wertpapiers	12
I.	Allgemeiner Wertpapierbegriff	13
II.	Wertpapierbegriff des Depotgesetzes	14
III.	Wertpapierbegriff des Börsengesetzes	14
IV.	Wertpapierbegriff in den §§ 1(2) Ziff. 1, 381, 383 HGB	15
§ 3	Abgrenzung der amtlich notierten Wertpapiere von den amtlich nicht notierten Werten	15
I.	Amtlich notierte Wertpapiere	16
II.	Amtlich nicht notierte Werte (sog. Freiverkehrswerte)	16
1.	Entwicklung des Effektenfreiverkehrs	16
2.	Kreis der amtlich nicht notierten Werte	18
§ 4	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken	19
I.	Rechtsnatur der AGB	20
II.	Zur Berechtigung des Begriffs der Unterwerfung	21
III.	Die vertragliche Grundlage der Geltung der AGB der Banken ...	22
IV.	Die Vereinbarung der Geltung der AGB der Banken	25

VI

V.	Auslegung und Grenzen der Wirksamkeit von AGB	30
VI.	Folgen der Nichtigkeit einzelner Klauseln der AGB	33
VII.	Nichtige Klauseln der AGB der Banken	34

II. ABSCHNITT

Das Effektenkommissionsgeschäft

§ 5	Geschichte des Effektenkommissionsgeschäfts	35
§ 6	Die Selbsteintrittskommission	37
I.	Positive Voraussetzungen des Selbsteintrittsrechts	37
II.	Negative Voraussetzungen des Selbsteintrittsrechts	39
III.	Ausübung des Selbsteintrittsrechts	40
IV.	Wirksamwerden des Selbsteintritts	43
V.	Wirkungen des Selbsteintritts	43
	1. Rechtliche Konstruktion des Selbsteintritts	43
	2. Beschränkung der Rechenschaftspflicht	44
	a) Gesetzliche Regelung	44
	b) Die gesetzliche Regelung in der Praxis	46
	c) Folgen falscher Preisansetzung	48
	3. Ermöglichung der Kompensation und des Insichgeschäfts ..	49
	a) Kompensation	49
	b) Insichgeschäft	50
VI.	Der Widerruf des Kommissionsvertrags	51
§ 7	Die Abwicklung der Kommission	53
I.	Ausgangspunkt	53
II.	Die Durchführung des Rechts des Kommittenten auf Eigentumsverschaffung	54
§ 8	Formen der Eigentumsübertragung auf den Kommittenten	55
I.	Eigentumsübertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen ..	55
	1. Einigung und Übergabe	55
	2. Brevi manu traditio	55
	3. Besitzkonstitut	55
	4. Abtretung des Herausgabeanspruchs	57
	5. Geschäft, für den es angeht	57
	6. Übertragung des Miteigentums an einem Sammelbestand ..	59
II.	Eigentumsübertragung nach depotrechtlichen Grundsätzen ...	60
	1. Das Stückverzeichnis	60
	a) Geschichte	60
	b) Voraussetzungen der Übersendungspflicht	61
	c) Inhalt der Verpflichtung	61
	d) Die Übersendungsfrist	62

VII

e) Der Eigentumsübergang auf den Kommittenten	64
f) Befreiung von der Übersendungspflicht	66
g) Aussetzung der Übersendung des Stückeverzeichnis ..	67
h) Übersendung des Stückeverzeichnis auf Verlangen	71
2. Übertragung des Miteigentums an einem Sammelbestand ..	75
§ 9 Rechte des Kommittenten bei Nichtübersendung des Stückeverzeichnis	76
§ 10 Erfüllungsort und Erfüllungszeit	79
§ 11 Unmöglichkeit und Mängelhaftung	80
I. Unmöglichkeit	80
II. Mängelhaftung	85
§ 12 Das Konkursvorrecht	87
I. Allgemeines	87
II. Wesen und Entstehung des Konkursvorrechts	88
III. Inhalt des Konkursvorrechts	90
IV. Gegenstand des Konkursvorrechts	92
V. Die Verteilung der Sondermasse	93

III. ABSCHNITT

Der Eigenhandel der Banken

§ 13 Entwicklung des Eigenhandels	95
§ 14 Zulässigkeit der Eigenhändlerklausel in der Form der Ziff. 29(2) AGB ..	96
§ 15 Die Abgrenzung von Kommissionsgeschäft und Eigenhandel	97
§ 16 Der Abschluss des Eigengeschäfts	99
§ 17 Die Abwicklung des Eigengeschäfts	101
Zusammenfassung	103
Anlage: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Privatbanken (mit Ausnahme der auf das Einzugs- und Diskontgeschäft, sowie den Wechsel- und Scheckverkehr bezüglichen Bedingungen)	104

LITERATURVERZEICHNIS

- ADLER K.: Studien zur Lehre von den Wertpapieren. In Grünhut's Z. 26 (1899) S. 19 ff..
- ADLER P.: Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite. Berlin 1905.
- AKTIENGESETZ : Grosskommentar, 2. Auflage, bearbeitet von Fischer, Klug, W. Schmidt, Weipert unter Mitarbeit von Mayer-Landrut.
1. Band, 1. Lieferung (§§ 1-69)
(zit. Fischer, in Grosskom. z. AktG).
- BAUMBACH-DUDEN: Handelsgesetzbuch. 13. Auflage, München und Berlin 1959.
- BAUMBACH-HUECK: Aktiengesetz. München und Berlin 1959.
- BENDER: Über den Verkehr in Staatspapieren in seinen Hauptrichtungen. Beilageheft im Archiv für Civilistische Praxis, herausgegeben von Löhr, Mittermaier, Thibaut, 8. Band. Heidelberg 1825.
- Grundsätze des engeren Handlungs-Rechts. Band 1. Darmstadt 1824.
(zit. Bender Handlungs-Recht).
- BENDER H.: Umschreibungszwang bei vinkulierten Namensaktien.
In WPg. 1954, 322 ff..
- v. BERENBERG-GOSSLER: Die Übertragung gebundener Namensaktien.
In BB 1954, 427 ff..
- BERNHARDT W.: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen.
In DR 1942, 1171 ff..
- BERNSTEIN O.: Vom Recht der amtlich nicht notierten Werte. In Festgabe für Riesser, Berlin 1912. (zit. Bernstein).
- Der Bankier als Eigenhändler während der Einstellung des amtlichen Börsenverkehrs. In BA 14, 310 ff., 331 ff..
- BLEY E.: Die Sonderrechte nach § 32 des neuen Depotgesetzes.
In KonkTr. 1937, 133 ff..
- BLOMEYER A.: Allgemeines Schuldrecht. 2. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1957.
- BLUMER H.: Der Selbsteintritt des Effektenkommissionärs nach deutschem, schweizerischem und französischem Recht. Diss. Glarus 1927.

- BREIT J.: Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs nach dem neuen Deutschen Handelsgesetzbuche. In Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess. Ergänzungsband zu Band VIII-X, Leipzig 1902.
- Kommissionsgeschäft und Properhandel. In BA 5, 269 ff..
- Das Kundeneffektengeschäft. In LZ 1907, 799 ff., 857 ff..
- Der Handel in amtlich nicht notierten Werten. In BA 28, 84 ff..
- v. BRUNN H.J.: Die formularmässigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, Berlin 1956.
- BRUNS G.: Einführung in das Effektenwesen. Frankfurt a.M. 1959.
- COHN E.: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht. Marburg in Hessen 1931.
- COHN: Effekteneinkaufskommission, Stellung des Kontokorrentkunden beim Vermögensverfall des Bankiers. In BA 29, 76 ff..
- DALBERG: 20 Jahre GmbH. In DJZ 1912, 612 ff..
- DÜRINGER-HACHENBURG: Das Handelsgesetzbuch. 3. Auflage.
 Band 1, erl. von Geiler, Hoeniger, Lehmann. 1930.
 Band 3, 1. Teil, erl. von Bing, Flechtheim. 1934.
 Band 5, 1. Hälfte, erl. von Breit, Hoeniger. 1932.
 Band 5, 2. Hälfte, erl. von Lehmann, Bing. 1932.
 Sämtliche Bände erschienen in Mannheim, Berlin, Leipzig.
 (zit. Düringer-Hachenburg).
- EILLES: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. In DGWR 1941, 121 ff..
- EISOLD: Die Effekten des Bankkunden im Vergleichsverfahren der Bank.
 In KonkTr. 1930, 60 ff..
- ENNECCERUS-LEHMANN: Schuldrecht. 14. Bearbeitung. Tübingen 1954.
- ENNECCERUS-NIPPERDEY: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts.
 15. Auflage. Tübingen. 1. Halbband 1959. 2. Halbband 1960.
- FISCHER R.: Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen.
 In BB 1957, 481 ff..
- v. GIERKE J.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 8. Auflage. Berlin 1958.
- Das Recht der Wertpapiere. Köln und Berlin 1954. (zit. J. v. Gierke WPR).
- v. GODIN-WILHELMI: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. 2. Auflage. Berlin 1950.

GÖPPERT H.: Das Recht der Börse. Berlin 1932.

GRIGAT W.: Pfändung von Kontokorrentguthaben. Ein Beitrag zur Lehre vom Kontokorrent. Diss. Frankfurt a. M. 1952.

HAAS F.: Die Sicherstellung durch Übereignung einer Geldsumme nach deutschem bürgerlichen Recht. Diss. Strassburg 1899.

HACHENBURG: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bearb. von Schilling, Schmidt, Goerdeler. Band 1 (§§1-34). 6. Auflage. Berlin 1956. (zit. Hachenburg-Schilling usw.).

HAMANN A.: Über die Verbindlichkeit der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp). In MDR 1949, 209 ff..

HAUPT G.: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken. Hab. Schrift. Leipzig 1937.

HEILBRUNN O.: Auslegung nichtiger und unbilliger Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Diss. Frankfurt a. M. 1930.

-- Die rechtliche Bedeutung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. In JW 1931, 2281 ff..

HEROLD H.: Das Kreditgeschäft der Banken. 14. Auflage. Hamburg 1959.

HERSCHEL W.: Die Vertragsordnung als Rechtsnorm. In DR 1942, 753 ff..

HILDEBRANDT: Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen. In JR 1955, 325 ff..

HUECK A.: Recht der Wertpapiere. 7. Auflage. Berlin 1957.

-- Normenverträge in Jhering's Jahrbüchern Band 73, S. 33 ff..

-- Der Treuegedanke im modernen Privatrecht. München 1947. (zit. Hueck Treuegedanke).

HUECK-NIPPERDEY: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Band 2. 6. Auflage. Berlin und Frankfurt a. M. 1957.

HUSMANN K. H.: Rechtsfragen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diss. Göttingen 1935.

JAEGER E.: Konkursordnung. 8. Auflage. Bearb. von Lent und Weber. Berlin 1958. (zit. Jaeger KO).

-- Neuerungen in der Ordnung des Konkurses und der Konkursabwendung. In ZZP 49, 20 ff..

- JUNG E.: Der Eigentumserwerb beim Kommissionskauf nach dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches. In ZHR 47, 183 ff..
- KOCH A.: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Jena 1932.
- Banken und Bankgeschäfte. Jena 1931.
- Die allgemeinen Lieferungs- und Geschäftsbedingungen. In DR 1944, 166 ff..
- KORMANN K.: Die Gültigkeit der Lieferung von "Verfügungsrechten" über GmbH-Anteile. In LZ 1912, 639 ff..
- KRAUSE H.: Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats. In BB 1955, 265 ff..
- KÜSTERS H.: Die Vinkulierung der Namensaktien. In BA 37, 175 ff..
- LANGEN A.: Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften. Hab. Schrift. Marburg 1900.
- LARENZ K.: Lehrbuch des Schuldrechts. Band 1, Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München und Berlin 1960.
- Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Leipzig 1930.
- LAUFKE F.: Vertragsfreiheit und Grundgesetz. In Festschrift für H. Lehmann, Band 1, S. 145 ff.. Berlin, Tübingen und Frankfurt a. M. 1956.
- LEHMANN H.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 10. Auflage. Berlin 1957.
- LEHMANN K.: Beiträge zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts. In ZHR 51, 373 ff..
- LEONHARD F.: Allgemeines Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1929
- v. LÜBTOW U.: Das Geschäft "für den es angeht" und sogenannte "antezipierte Besitzkonstitut". In ZHR 112, 227 ff..
- LUKES R.: Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen. In Festschrift für A. Hueck S. 459 ff.. München und Berlin 1959.
- MAKOWER: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Auflage. Band 2. Berlin 1907.
- MANIGK A.: Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
- MAYERHOFER E.: Rechtsnatur und Verbindlichkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter besonderer Berücksichtigung der Bankbedingungen. Diss. Rostock 1931.

- MAYR H.: Besteller von Wertpapieren im Konkurs des Einkaufskommissionärs unter besonderer Berücksichtigung des § 7a Depotgesetz. Diss. Leipzig 1931.
- MEESKE H.: Die Unterwerfung unter Allgemeine Geschäftsbedingungen. In BB 1959, 857 ff..
- MENKE E. H.: Gewährleistung und Irrtumsanfechtung bei Wertpapieren. Diss. Rostock 1933.
- MENTZEL-KUHN: Kommentar zur Konkursordnung. 6. Auflage. Berlin und Frankfurt a. M. 1955.
- MEYER-BREMER: Börsengesetz und Ausführungsbestimmungen. 4. Auflage. Berlin 1957.
- MICHEL U.: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung. Tübingen 1932.
- MODEST F.: Über den Selbsteintritt des Bankkommissionärs. In NJW 1950, 52 ff..
- MÖHRING O.: Zum Geschäftsverkehr in vinkulierten Namensaktien. In BB 1953, 773 ff..
- MÜLLER G.: Der Gedanke des sozialen Staats in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. In "Der Betrieb" 1956, 524 ff., 549 ff..
- MÜLLER-EISERT: Freie Allgemeine Geschäfts- und Liefer-Bedingungen als subjektives Fallrecht und für verbindlich erklärte oder "angeordnete" ALB und AGB als objektives Recht. In DGWR 1942, 111 ff..
- MÜLLER-ERZBACH R.: Deutsches Handelsrecht. 2./3. Auflage. Tübingen 1928.
- NEUSTÄTTER A.: Die Kontokorrentbedingungen der Banken. Stuttgart 1921.
- NIPPERDEY: Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts. In DRZ 1950, 193 ff..
- NÖRR R.: Die Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ungedruckte Diss. München 1954.
- NUSSBAUM A.: Tatsachen und Begriffe im Deutschen Kommissionsrecht. Berlin 1917.
- Die Börsengeschäfte. In Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band 4, 2. Abteilung, S. 541 ff.. (zit. Nussbaum Hdb.).
- Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts. Tübingen 1925.
- Kursschnitt und Kursregulierung beim Selbsteintritt. In JW 1914, 14 ff..

XIII

NUSSBAUM A.: Über Geschäfte in Kuxen zwischen Bankier und Kunden.
In LZ 1910, Sp. 497 ff..

-- Die Eigenhändlerklausel in den Geschäftsbedingungen der Bankiers.
In Holdh. 19 (1910), 161 ff..

OERTMANN P.: Der gewöhnliche Handelskauf. In Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band 4, 2. Abteilung, S. 327 ff.. (zit. Oertmann Hdb.).

-- Das Pfandrecht an eigener Sache (Pignus debiti). In ACP 81, 61 ff..

OPITZ G.: Depotgesetz. 2. Auflage. Berlin 1955.

-- Fünfzig depotrechtliche Abhandlungen. Berlin 1954. (zit. Opitz SB).

-- Stückerkonto. In Festschrift für A. Pinner, S. 318 ff.. Berlin und Leipzig 1932.

-- Wertrechte und Wertpapiere. In BA 1941, 36 ff..

PAGENSTECHER M.: Sittenwidrige Lieferungsbedingungen. 2. Auflage.
Marburg a.d. Lahn 1944.

PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch. 19. Auflage. München und Berlin 1960.

QUASSOWSKI-SCHRÖDER: Bankdepotgesetz. Berlin 1937.

RAISER L.: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hamburg 1935.

-- Vertragsfreiheit heute. In JZ 1958, 1 ff..

-- Das Rektapapier. In ZHR 101, 13 ff..

-- Anmerkungen zu SJZ 1950, 669 und NJW 1952, 625.

RGRK: Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. 11. Auflage.
Band 1, 1. Teil, Berlin 1959. Band 2, 1. Teil, Berlin 1959. Band 3, 1. Teil, Berlin 1959. (zit. RGRK z. BGB).

RGRK: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts. Band 3, bearb. von Gadow und Heinichen. Berlin 1941.
(zit. Gadow, bzw. Heinichen in RGRK z. HGB). Band 4, bearb. von Gadow und Heinichen. Berlin 1943. (zit. Gadow, bzw. Heinichen in RGRK z. HGB).

RGRK: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts. 2. Auflage. Band 1, bearb. von Würdinger. Berlin 1953. Band 3, Lieferung 1, bearb. von v. Godin. Berlin 1953. Band 5, bearb. von Ratz. Berlin 1960. (zit. Würdinger, bzw. v. Godin, bzw. Ratz in RGRK z. HGB).

- RIESSER-BERNSTEIN: Das Bankdepotgesetz. 5. Auflage. Berlin 1928.
- RITTER C.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Auflage. München und Berlin 1932.
- ROSENTHAL A.: Anmerkung zu JW 1927, 655 Nr. 4.
- ROTHER D.: Der Eigenhandel der Banken. Diss. Leipzig 1940.
- RUTH R.: Das Depotgesetz und seine Reform. Marburg in Hessen 1930.
- SCHLECHTRIEM H.: Effektenkommissionsgeschäft und Properhandel. Diss. Göttingen 1930.
- SCHLEGELBERGER: Handelsgesetzbuch. 3. Auflage. Erl. von Gessler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder. Erschienen in Berlin und Frankfurt a. M.: Band 1 1955; Band 3 1956; Band 4 1957. (zit. Schlegelberger - Gessler usw.).
- SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI: Schlegelberger, Quassowski, Herbig, Gessler, Hefermehl, Aktiengesetz. 3. Auflage. Berlin 1939.
- SCHMIDT-LOSSBERG: Anmerkung in MDR 1951, 285 ff..
- SCHMIDT-RIMPLER W.: Das Kommissionsgeschäft. In Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band 5, I. Abteilung, 1. Hälfte. (zit. Schmidt-Rimpler).
- SCHMITT O.: Wird die Vinkulierung von Namensaktien durch Börsenzulassung hinfällig. In WPg. 1955, 83 ff..
- SCHNEIDER-DAHLHEIM: Usancen der deutschen Wertpapierbörsen.
- SCHRÖDER: Prüfungsrichtlinien und Vorgirodepot. In BA 37, 196 ff..
- SCHÜTZ W.: Die Änderung des Depotgesetzes und der Eigentumsvorbehalt bei Wertpapierlieferungen. In BA 23, 128 ff..
- SCHUMANN G.: Bankverwahrung und Konkurs nach der neuesten Gestaltung des Depotgesetzes. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Leipziger Juristen-Fakultät, Heft 18, 1926.
- v. SCHWERIN C.: Das Recht der Wertpapiere. Berlin und Leipzig 1924.
- SEBBA J.: Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht. Druckschrift des Deutschen Anwaltsvereins, Nr. 33, Verkehrsrechtliche Beiträge, Heft 3. Leipzig 1931.
- SIMON H. A.: Neues Depotgesetz. In BA 36, 287 ff..

SOERGEL-SIEBERT: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 9. Auflage, Stuttgart, Band 1 (§§ 1-432) 1959, Band 3 (§§854-1296) 1960.

STAUB: Kommentar zum HGB. 14. Auflage. Berlin und Leipzig 1933. Band 2 (zit. Staub-Pinner). Band 4 (zit. Staub-Heinichen, bzw. Staub-Gadow).

STAUDINGER: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 11. Auflage. Band 1, erl. von Brendel, Coing, Berlin 1957. Band 2, 2. Teil, erl. von Kiefersauer, Ostler, Riedel, Berlin 1955. Band 3, 1. Teil, erl. von Berg, Ring, Seufert, Berlin 1956. (zit. Staudinger-Brendel usw.).

STOLDT: Normative Kraft der allgemeinen Deutschen Spediteur-Bedingungen (ADSp) und der allgemeinen Lagerbedingungen des Möbeltransports (ALB). In MDR 1951, 141 ff..

THÖL H.: Der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1835.

v. THUR A.: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 2, 1. Hälfte. München und Leipzig 1914.

TROST-SCHÜTZ: Bankgeschäftliches Formularbuch. 14. Auflage. Berlin 1955.

ULMER E.: Das Recht der Wertpapiere. Stuttgart und Berlin 1938.

- Geschichtliche und rechtsvergleichende Studien zum englischen Wechselrecht. In ACP, Beilage 133 (1931), S. 178 ff..
- Die vinkulierte Namensaktie. In Festgabe für W. Schmidt-Rimpler S. 261 ff.. Karlsruhe 1957.

UTERMANN H.J.: Pflichten und Rechte des Effektenkommissionärs beim Selbsteintritt. Diss. Köln 1937.

VERÖFFENTLICHUNGEN der deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 12. Berlin 1954.

WASSERTRÜDINGER: Streitfragen aus dem Depotrecht. In LZ 1931, Sp. 801 ff..

WEIGERT H.W.: Effektenkommission und Konkursanfechtung. In BA 26, 428 ff..

WEISBARTH: Abschlüsse des Kommissionärs an auswärtigen Börsen im Falle des Selbsteintritts. In Holdh. 14 (1905), 137 ff..

WESTERMANN H.: Sachenrecht. 4. Auflage. Karlsruhe 1960.

WOLFF M.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band 2, 1. Abteilung, Das Sachenrecht. 5. Bearbeitung. Marburg 1923.

- Die Ware. In Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band 4, 1. Abteilung, S. 7 ff.. (zit. Wolff Hdb.).

WOLFF-RAISER: Sachenrecht. 10. Bearbeitung. Tübingen 1957.

ZAHN J.: Nichtlieferbarkeit und Anderslieferung im börsenmässigen Effektenlieferungsverkehr. In BA 34, 547 ff. .

ZEDERMANN F.: Streitfragen zur Depotgesetznovelle. In ZBH 1927, 228 ff. .

ABKÜRZUNGEN

§ 1(1) S.1 HS.1 = § 1 Absatz 1, Satz 1, Halbsatz 1.

Ziff. 1 AGB = Ziffer 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Privatbanken, herausgegeben vom Bundesverband des privaten Bankgewerbes e. V. (Fassung Juli 1955).

i. d. S. = in diesem Sinn.

i. S. d. = im Sinn des, der, dieses, dieser.

m. w. N. = mit weiteren Nachweisen.

V O R W O R T

Im Gegensatz zu früher ist heute das Interesse an einer Geldanlage am Kapitalmarkt durch den Kauf von Effekten nicht mehr auf bestimmte gesellschaftliche Schichten beschränkt. Dass die Scheu des breiten Publikums vor dem Effektergeschäft geschwunden ist, das es bisher als Spekulations- und Risikogeschäft angesehen hatte, hat verschiedene Gründe.

Einmal war in den verflossenen Jahren ein nahezu kontinuierliches Steigen der Kurse zu beobachten, das z.B. den Aktienindex von 100 am 31.12.1953 über 300,6 am 31.12.1958, 515,8 am 31.12.1959 auf 822 am 31.8.1960 ansteigen liess. Das bedeutet, dass der Durchschnittskurs und damit der Wert aller an den deutschen Börsen amtlich notierten Aktien innerhalb von 6 1/2 Jahren um über das achtfache angestiegen ist, wovon eine Zuwachsrate von 315 Punkten allein auf das erste Halbjahr 1960 entfällt. Damit entstand aber beim breiten Publikum der Wunsch, an diesem Wertzuwachs teilzuhaben, dem nichts Riskantes mehr anzuhaften schien. Zum anderen hatte die Aufklärungstätigkeit der Kreditinstitute, vor allem aber die im Zusammenhang mit der Ausgabe der ersten sog. Volksaktien anlässlich der Reprivatisierung von Bundesvermögen erfolgte Aufklärungstätigkeit der öffentlichen Hand, die verschwommenen Vorstellungen des breiten Publikums über die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der Effekten, insbesondere der Aktie, als deren wichtigster Unterart, weitgehend beseitigt.

Freilich entbehrt trotzdem die überwiegende Mehrzahl dieser neuen Kunden am Effektenmarkt der auf dem rechtlich und wirtschaftlich ungemein verwickelten Gebiet des Effekten- und Börsenwesens unerlässlichen Kenntnisse. Sie befinden sich daher gegenüber den Kreditinstituten, deren sie sich mangels einer Möglichkeit, am Markt für Effekten, der Börse, tätig werden zu können, bedienen müssen, in einer völlig ungleichen Ausgangsposition.

Diese Sachlage liess es gerechtfertigt erscheinen, die Rechtsstellung des Kunden gegenüber dem Kreditinstitut, dessen er sich zur Erledigung seiner Effektergeschäfte bedient, einer erneuten Betrachtung zuzuführen, da das einschlägige Schrifttum überwiegend vor Erlass des Depotgesetzes von 1937 erschienen ist und daher die wesentlichen Veränderungen der Rechtsgrundlagen des Effektergeschäfts, die dieses Gesetz mit sich brachte, unberücksichtigt lässt.

Die Begrenzung der Arbeit auf Effektergeschäfte durch Vermittlung der Privatbanken ist dabei lediglich insoweit von Bedeutung, als der Arbeit die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Privatbanken, herausgegeben vom Bundesverband des privaten Bankgewerbes e. V., Fassung Juli 1955, zugrundegelegt wurden.

Einer Klärung bedarf an dieser Stelle noch der Begriff der "Effekten". Unter Effekten sind die börsengängigen Wertpapiere des Kapitalmarkts zu verstehen 1),

1) Vgl. Ulmer S. 16.

welcher Begriff sich im wesentlichen mit dem Begriff des Wertpapiers in § 1 (1) DepG 2) deckt 3). Der Begriff Effekten erfasst damit den grössten und vor allem bedeutungsvollsten Teil der Werte, deren Handel Gegenstand dieser Arbeit ist. Da auch die Bankpraxis den Begriff "Effekten" nicht im streng juristischen Sinn auffasst, erschien die Themenstellung als gerechtfertigt.

2) Vgl. unten S. 14 f..

3) Vgl. Bruns S. 9 ff., insb. S. 13-15.

I. ABSCHNITT

Allgemeine Fragen

Aus Gründen der Übersichtlichkeit und um den Zusammenhang innerhalb der Arbeit nicht zu zerreißen, erschien es zweckmässig, die für die Arbeit bedeutungsvollen Rechtsgebiete und Rechtsbegriffe vorweg einer Darstellung zuzuführen und soweit dies erforderlich war, zu ihnen Stellung zu nehmen, um die Ausgangspunkte der Arbeit festzulegen.

§ 1 GRUNDZÜGE DER BANKVERWAHRUNG

I. GESCHICHTE DES BANKDEPOTRECHTS

Erstmals wurde in Deutschland die Bankverwahrung durch das Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 gesetzlich geregelt. Ziel dieses, wie auch des heute geltenden Depotgesetzes war es, den Bankkunden vor unreellen Machenschaften der Banken zu schützen, insbesondere dem Recht des Kunden auf Eigentumsverschaffung bei Effektenanschaffungsgeschäften Nachdruck zu verleihen. Durch die Verordnung über die Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 21. November 1923 wurde dieses Gesetz in einigen wesentlichen Punkten geändert. Eine grundsätzliche Neuregelung des Bankdepotrechts erfolgte durch das Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. Februar 1937, das am 1. Mai 1937 in Kraft getreten ist.

II. ARTEN DER BANKVERWAHRUNG

1. Sonderverwahrung

Die Sonderverwahrung, auch als reguläres Depot, Streifband- oder Sonderdepot bezeichnet, war im Depotgesetz von 1896 als regelmässige Form der Bankverwahrung vorgesehen. Auch nach § 2 des Depotgesetzes von 1937 stellt die Sonderverwahrung eine Grundform der Bankverwahrung dar.

Bei der Sonderverwahrung ist der Kaufmann 1), dem Wertpapiere der in § 1 (1) DepG bezeichneten Art im Betrieb seines Handelsgewerbes 2) zur Verwahrung (§§ 688 ff. BGB) oder als Pfand (§§ 1204 ff. BGB, 17 DepG) anvertraut werden

1) Kaufmann i.S. von §§ 1, 2, 3, 6 HGB. Im Gegensatz zum DepG 96 auch Minderkaufleute.

2) Der Begriff des Handelsgewerbes ist hierbei dem HGB zu entnehmen (vgl. Quassowski-Schröder § 1 B I). Gem. §§ 343, 344 (1) HGB besteht jedoch die Vermutung, dass die Übergabe im Betrieb des Handelsgewerbes erfolgt ist.

(§1(2) DepG) 3), verpflichtet, diese Wertpapiere gesondert, d.h. unter äusserlich erkennbarer Bezeichnung des Hinterlegers aufzubewahren (§2 S.1 DepG). Jede Verfügung des Verwahrers 4) über die in Sonderverwahrung befindlichen Wertpapiere, die nicht durch eine Ermächtigung des Hinterlegers gedeckt ist, stellt sich als strafbare Handlung i. S. d. § 34 DepG dar. Eine derartige Ermächtigung muss vom Hinterleger, sofern er nicht selbst gewerbmässig Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt 5), für jedes einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich erteilt werden (§§ 10, 12, 13 DepG).

2. Sammelverwahrung

Beim Erlass des Depotgesetzes von 1937 war die Sammelverwahrung bereits eine feststehende Einrichtung der Bankpraxis, obgleich sie in dem bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Depotrecht nicht ausdrücklich geregelt war. Die Zulässigkeit und die rechtliche Beurteilung der Sammelverwahrung ergab sich jedoch aus den bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen der §§ 688 ff. BGB. Ihre weitere Ausgestaltung unterlag deshalb ausschliesslich den Vereinbarungen der Parteien des Verwahrungsvertrags.

Durch das Depotgesetz von 1937 wurde die Sammelverwahrung in die Regelung des Gesetzes einbezogen und als gleichberechtigte Grundform der Bankver-

-
- 3) Anvertraut sind alle Wertpapiere, die dem Verwahrer zum Zwecke der Verwahrung übergeben worden sind. Gleichgültig ist es dabei, ob der Hinterleger zur Verfügung berechtigt oder fähig war und ob der Verwahrungsvertrag rechtswirksam ist (Opitz § 1 Anm. 7; Quassowski-Schröder § 1 B III). Gleichgestellt wird durch § 17 DepG die Anvertrauung zum Pfand. Diese Regelung wird weiter ergänzt durch die Bestimmungen der §§ 29, 31 DepG, wonach der Kommissionär und der Eigenhändler hinsichtlich der nach Ausführung von Anschaffungsgeschäften in das Eigentum des Kunden übergegangenen, aber im Besitz des Kommissionärs oder Eigenhändlers verbliebenen Wertpapieren die Pflichten eines Verwahrers haben.

- Nicht erforderlich ist es, dass die Wertpapiere unverschlossen übergeben werden. Früher war im Bankgewerbe die Bezeichnung offenes Depot im Gegensatz zur verschlossenen Einlage (nach moderner Terminologie als Verwahrstück bezeichnen) üblich. Wertpapiere, die der Hinterleger eines Verwahrstücks im Verwahrstück eigenverwahrt, sind nicht als Wertpapiere dem Verwahrer des Verwahrstücks anvertraut. Die Betonung der unverschlossenen Übergabe in § 1 (2) DepG ist deshalb unsachgemäss und überflüssig (vgl. Opitz § 1 Anm. 8).
- 4) Verfügung i. d. S. ist jede Massnahme, die zu einer Beeinträchtigung des Eigentums oder des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Kunden führt (vgl. Quassowski-Schröder § 34 C I 3a).
- 5) § 16 DepG; eine weitere Ausnahme bringt § 12 (3) DepG.

wahrung neben die Sonderverwahrung gestellt.

a) Begriff der Sammelverwahrung

Sammelverwahrung i. S. d. DepG ist die Aufbewahrung vertretbarer Wertpapiere ein und derselben Art 6) für mehrere Hinterleger durch einen Verwahrer in der Form, dass jedem Hinterleger ein bestimmter Miteigentumsanteil an dem Sammelbestand zur freien Verfügung zusteht, während er darüber hinaus kein Recht an den konkret von ihm hinterlegten Wertpapieren hat 7).

Dem Sammelbestand darf der Verwahrer auch eigene Wertpapiere beifügen (§ 5 (1) S. 1 DepG).

Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit der Sammelverwahrung ist die Vertretbarkeit der zu verwahrenden Papiere (§§ 5 (1) S. 1 DepG, 91 BGB). Daher sind diejenigen in § 1 (1) DepG aufgezählten Wertpapiere, die nicht vertretbar sind, nicht sammelverwahrungsfähig 8). Weitere Voraussetzung der Zulässigkeit der Sammelverwahrung ist die Sammeldepoteignung.

Die Entscheidung, ob ein Wertpapier sammeldepoteignend ist oder nicht, ist den Wertpapiersammelbanken im Einvernehmen mit den Kreditinstituten und der Bankaufsichtsbehörde überlassen. Die hinsichtlich der Sammelbankverwahrung getroffenen Entscheidungen gelten auch für die Haussammelverwahrung 9).

Sammelverwahrt werden dürfen nur Wertpapiere ein und derselben Art, d. h. jeder Sammelbestand muss hinsichtlich der rechtlichen Form der hinterlegten Wertpapiere (keine Vermengung von Aktien mit Kuxen), des Inhalts der Wertpapiere (keine Vermengung von gewöhnlichen Aktien mit Vorzugsaktien) und hinsichtlich des Ausstellers der Wertpapiere einheitlich sein 10). Unbeachtlich ist dagegen die Art der Stückelung der Wertpapiere; dies ergibt sich auch aus § 7 (1) DepG.

6) Der Begriff "Gattung" ist hier wie an anderen Stellen - §§ 5 (4), 6 (1), 10 (2 u. 3), 11, 13, 14 (1), 15 (1 u. 2), 32 (3), 34 (1) DepG - mit Recht vermieden, da es Wertpapiere mittlerer Art und Güte i. S. d. § 243 (1) BGB nicht gibt. Die Verwendung des Ausdrucks in den §§ 18 (1), 26 DepG erfolgte wohl versehentlich (vgl. Opitz § 5 Anm. 4).

7) Vgl. Opitz § 5 Anm. 3; Quassowski-Schröder § 5 A.

8) Z. B. Namensaktien, sofern sie nicht blanko indossiert sind (vgl. Opitz § 1 Anm. 2; Quassowski-Schröder § 1 A II 2 und § 5 B II 1).

9) Vgl. Opitz § 5 Anm. 16 (a. E.).

10) Vgl. Opitz § 5 Anm. 4; Quassowski-Schröder § 5 B II 2.

Die Ermächtigung zur Sammelverwahrung, die Voraussetzung ihrer Zulässigkeit ist (§ 5 (1) S. 1 DepG), muss vom Hinterleger 11) ausdrücklich 12), schriftlich und für jedes einzelne 13) Verwahrungsgeschäft erteilt werden (§ 5 (1) S. 2 u. 3 DepG), wobei das Erfordernis der gesonderten Erteilung der Ermächtigung dann entfällt, wenn die Wertpapiere bei einer Wertpapiersammelbank sammelverwahrt werden sollen (§ 5 (1) S. 3 DepG).

Der Verwahrer darf sich die Ermächtigung zur Sammelverwahrung nicht in Geschäftsbedingungen ausbedingen und die Ermächtigung darf nicht auf andere Urkunden verweisen (§ 5 (1) S. 2 DepG). Sie kann jedoch mit anderen Erklärungen des Hinterlegers verbunden werden. Die in § 15 (2) S. 3 DepG getroffene Beschränkung findet sich in § 5 (1) S. 2 u. 3 DepG nicht 14).

b) Entstehung des Miteigentums

Bis zum Erlass des Depotgesetzes von 1937 war die Frage der Entstehung des Miteigentums der Hinterleger am Sammelbestand bestritten 15).

Durch § 6 (1) DepG ist diese Frage dahingehend entschieden, dass das Miteigentum am Sammelbestand in der Person des bisherigen Eigentümers der eingelieferten Papiere mit dem Eingang der Stücke beim Sammelverwahrer 16) kraft

-
- 11) Entscheidend ist die Ermächtigung durch den Hinterleger. Sie ist auch dann wirksam, wenn dieser weder Eigentümer, noch zur Erteilung der Ermächtigung befugt war. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der Verwahrer davon Kenntnis hatte (vgl. Quassowski-Schröder § 5 C).
 - Wie aus der Fassung des § 5 (1) S. 1 DepG - wenn ihn der Hinterleger ermächtigt hat - folgt, muss die Ermächtigung vor Einfügung der Wertpapiere in den Sammelbestand erteilt worden sein.
 - 12) Die Anforderungen an die Ausdrücklichkeit sind nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschrift, die diese vorschreibt, auszurichten; vgl. RGZ 65, 177 (179); OLG 28, 374 = BA 13, 281.
 - 13) Ausnahme: § 16 DepG.
 - 14) Die Ansicht Quassowski-Schröder's, die, falls die Urkunde durch die Verbindung mit anderen Erklärungen unübersichtlich wird, Unwirksamkeit der Ermächtigung annehmen (§ 5 C II 3), geht wohl zu weit. Die Unübersichtlichkeit geht in diesem Fall vom Erklärenden aus; es fehlt daher das Schutzbedürfnis, soweit der Kunde nicht Bankformulare unterzeichnet, die diese Mehrzahl von Erklärungen enthalten.
 - 15) Vertreten wurden die sog. Vertrags-, Vermischungs- und zusätzliche Vertragstheorie.
 - 16) Sammelverwahrer ist nur der Verwahrer, in dessen Sammelbestand die Stücke eingefügt werden sollen (vgl. Quassowski-Schröder § 6 B III 3). Hält der Verwahrer selbst einen Sammelbestand, besteht aber zugleich die Möglichkeit

Gesetzes entsteht 17). Dabei ist es unerheblich, ob ein gültiger Verwahrungsvertrag oder eine wirksame Ermächtigung vorliegt, ja sogar ob die Sammelverwahrung erlaubt ist oder nicht 18). Das Sondereigentum geht auch unter, wenn nach aktienrechtlichen Grundsätzen zum Übergang des Eigentums die Zustimmung der Ausstellerin erforderlich ist, wie bei vinkulierten Namensaktien, da es sich bei der Entstehung des Miteigentums nicht um eine Form der Aktienübertragung, sondern um eine Eigentumsformung besonderer Art handelt 19).

Die kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge der Entstehung des Miteigentums kann weder auf rechtsgeschäftlichem Wege ausgeschlossen werden, noch kann der Zeitpunkt der Entstehung des Miteigentums vorverlegt oder hinausgeschoben werden.

Der dem einzelnen Hinterleger zustehende Bruchteil am Sammelbestand ist stets bestimmbar 20). Dies ist von Bedeutung für die Verfügungsbefugnis des Bruchteilseigentümers, da diese an die Bestimmbarkeit des Anteils gebunden ist (§ 747 BGB) 21). Verfügt der Hinterleger ganz oder teilweise über seinen Anteil, so ist diese Verfügung nach § 133 BGB stets als Verfügung über den jeweiligen Anteil am Sammelbestand aufzufassen.

Der Sammelverwahrer ist berechtigt, den Hinterlegern aus dem Sammelbestand die ihnen gebührenden Anteile auszuliefern, bzw. den ihm selbst gebührenden Anteil zu entnehmen, ohne dass er dazu der Zustimmung der übrigen Beteiligten bedarf (§ 6 (2) S. 1 DepG) 22). Der schuldrechtliche Auslieferungsan-

Fortsetzung der Fussnote 16) von Seite 4

der Drittverwahrung, so entscheidet mangels einer Vereinbarung der Wille des Verwahrers, welchem Sammelbestand er die Papiere zuführen will, über den Zeitpunkt der Entstehung des Miteigentums.

17) Bruchteilseigentum sui generis; vgl. Opitz §§ 6, 7, 8 Anm. 6.

18) Wie aus § 5 (2) DepG zu folgern ist, müssen die Wertpapiere jedoch zum Zweck der Einfügung in den Sammelbestand übergeben werden; vgl. Quassowski-Schröder § 6 B I u. III; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 84.

19) Vgl. Opitz § 6, 7, 8 Anm. 6; LG Hamburg KWB 31. 5. 1952 in W-M IV B 1952, S. 475 unter Hinweis auf Opitz.

20) Der Zähler der Quote des jeweiligen Hinterlegers wird gebildet aus der im Nennbetrag der hinterlegten Stücke enthaltenen Anzahl kleinster Stücke des Papiers, während sich der Nenner aus der im Nennbetrag des Gesamtbestandes enthaltenen Anzahl kleinster Stücke ergibt; vgl. Schultz-Opitz in Sonderbeilage zum BA 24, Nr. 16 vom 15. 5. 1925 S. 2 f. = Opitz SB I S. 5 f.; Quassowski-Schröder § 6 B V.

21) Vgl. KG. OLG 2, 88.

22) Damit ist die nicht unbestrittene analoge Anwendung des § 419 (2) HGB (vgl. Riesser-Bernstein S. 116; Schlechtriem S. 13; Ruth DepG S. 44 Anm. 1) durch die Aufnahme der analog angewandten Bestimmung in den Gesetzestext überholt.

spruch der Hinterleger aus § 7 (1) DepG steht unmittelbar nur diesen, nicht den möglicherweise personenverschiedenen Eigentümern oder sonstigen dinglich berechtigten Personen zu, doch findet § 7 DepG auf Ansprüche dieser Personen entsprechende Anwendung (§ 8 DepG).

Eigentümer der ausgelieferten Stücke wird der bisherige Miteigentümer. Eine § 6 (1) S. 2 DepG entsprechende Bestimmung fehlt zwar, doch wird man entsprechend Sinn und Zweck der Sammelverwahrung, dem Umkehrschluss aus obiger Bestimmung zustimmen müssen 23).

c) Arten der Sammelverwahrung

Grundform der Sammelverwahrung ist die sog. Haussammelverwahrung, bei der der Verwahrer selbst den Sammelbestand hält. Diese Art der Sammelverwahrung wird, sofern ein Bankier eigene Wertpapiere unmittelbar einer Wertpapiersammelbank anvertraut, als unmittelbares Girosammeldepot bezeichnet.

In der Praxis weitaus bedeutungsvoller ist die Sammelverwahrung von Kundenpapieren bei den Wertpapiersammelbanken, das sog. mittelbare Girosammeldepot.

Dieses, sowie die weiteren Erscheinungsformen der Sammelverwahrung, die Sammelverwahrung im Sammelbestand eines sonstigen Dritten, sowie die Drittverwahrung des Haussammelbestands, werden im Zusammenhang mit der Drittverwahrung erörtert.

3. Drittverwahrung

a) Drittverwahrung des Sonderdepots

Nach § 3 (1) DepG ist es dem Verwahrer freigestellt, ob er die ihm anvertrauten Wertpapiere selbst (Eigenverwahrung) oder als sog. Zwischenverwahrer bei einem Dritten unter seinem eigenen Namen aufbewahren will (Drittverwahrung). Der Zwischenverwahrer haftet dabei nach § 3 (2) S. 1 DepG für ein Verschulden des Drittverwahrers wie für eigenes Verschulden. Die Banken zeichnen sich jedoch zulässigerweise 24) insoweit frei, als sie nur für sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers haften (AGB Ziff. 36 (1) S. 3 2. Halbs.), bzw. eine Haftung dann nicht übernehmen, wenn sie bei der Auswahl des Drittverwahrers einer Weisung des Hinterlegers folgten (AGB Ziff. 36 (1) S. 3 1. Halbs.).

Nicht begründet wird durch § 3 (1) S. 1 DepG eine irgendwie geartete Verfügungs- oder Verwaltungsbefugnis des Verwahrers.

Macht der Verwahrer von der Möglichkeit der Drittverwahrung Gebrauch, so

23) So Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 424 Anm. 50; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 90; Opitz §§ 6, 7, 8 Anm. 25; a. A. Quassowski-Schröder § 6 D III.

24) Vgl. § 3 (2) S. 2 DepG.

gilt es nach § 4 (1) S. 1 DepG als dem Dritten bekannt, dass die Wertpapiere nicht Eigentum des Zwischenverwahrers sind 25). Einer Fremdanzeige bedarf es nur, wenn der Zwischenverwahrer nicht Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt (§ 4 (3) DepG). Ein Erwerb von Pfand- oder Zurückbehaltungsrechten an den drittverwahrten Wertpapieren durch den Drittverwahrer kommt nur insoweit in Frage, als die diesen Rechten zugrundeliegenden Forderungen in Bezug auf diese Wertpapiere entstanden sind (§ 4 (1) S. 2 DepG).

b) Drittverwahrung des Haussammelbestands

Der Verwahrer vertraut dabei den bei ihm gebildeten Haussammelbestand als solchen einem Dritten zur Verwahrung an. Es handelt sich dabei um eine Drittsonderverwahrung des Haussammelbestands. Der Drittverwahrer darf daher den ihm anvertrauten Sammelbestand nicht mit seinem eigenen, gleichartigen Haussammelbestand oder den ihm in gleicher Weise anvertrauten gleichartigen Haussammelbeständen anderer Hinterleger vermengen.

c) Drittsammelverwahrung

Die Zulässigkeit der Drittsammelverwahrung folgt unmittelbar aus § 5 (1) S. 1 DepG, der Eigensammelverwahrung und Drittsammelverwahrung gleichberechtigt nebeneinander stellt. § 5 (1) S. 1 DepG besagt nur, dass die Ermächtigung des Hinterlegers zur Sammelverwahrung als solcher vorliegen muss, nicht aber, dass sich die Ermächtigung auch über die Zulässigkeit der Drittsammelverwahrung auslassen muss 26).

Im Verhältnis Zwischenverwahrer-Drittverwahrer ist die Ermächtigung des Zwischenverwahrers massgebend. Dieser darf sie jedoch nur dann erteilen, wenn er seinerseits zur Sammelverwahrung vom Hinterleger ermächtigt worden ist.

Die Vorschriften über die Drittsonderverwahrung finden auf die Drittsammelverwahrung entsprechende Anwendung (§ 5 (3) DepG).

Die Drittsammelverwahrung kommt in der Praxis in zwei Erscheinungsformen vor. Bei der Sammelverwahrung im Haussammelbestand eines Dritten werden die Wertpapiere dem von diesem gebildeten Sammelbestand beigelegt. Dieser

25) Dies bedeutet eine wesentliche Verstärkung des Kundenschutzes gegenüber § 8 DepG 96, der regelmässig die Fremdanzeige voraussetzte, so dass im Falle ihrer Unterlassung der Drittverwahrer auch wegen seiner Forderungen gegen den Zwischenverwahrer Pfand- und Zurückbehaltungsrechte an den drittverwahrten Wertpapieren erwerben konnte.

26) Vgl. Quassowski-Schröder § 5 F I; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 81; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 424 Anm. 41; Baumbach-Duden Anh. V zu § 406 Anm. 4 zu §§ 5-9 DepG; a. A. Opitz § 5 Anm. 8 (S. 135).

Form der Drittsammelverwahrung steht die wesentlich bedeutungsvollere der Sammelbankverwahrung gegenüber.

Diese ist dann gegeben, wenn ein Bankier Kundenpapiere dem Sammelbestand einer Wertpapiersammelbank beifügt. Man spricht in diesem Fall auch von mittelbarem Girosammeldepot, weil zwischen den Miteigentümern des Sammelbestands einerseits und der unmittelbar besitzenden Wertpapiersammelbank andererseits keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Diese bestehen jeweils nur zwischen den einzelnen Gliedern der Verwahrerkette, z.B. zwischen Hinterleger und Lokalbankier, Lokal- und Zentralbankier, Zentralbankier und Wertpapiersammelbank. Im übrigen besteht zwischen den Gliedern der Verwahrerkette, die sich beliebig erweitern lässt, nur ein entsprechend abgestuftes Besitzverhältnis (§§ 871, 868 BGB).

4. Depot mit Verfügungsermächtigung

§ 13 DepG, der das sog. Depot mit Verfügungsermächtigung regelt, enthält keine materiell-rechtlichen Bestimmungen, sondern behandelt lediglich den Tatbestand des § 700 (1) S. 2 BGB in depotrechtlicher Hinsicht. Die Bestimmung bringt insoweit keine Abweichung von der Regelung des § 2 DepG 96. Der Verwahrer kann nach § 13 DepG ermächtigt werden 27), sich die anvertrauten Wertpapiere anzueignen oder das Eigentum an ihnen auf einen Dritten zu übertragen. Macht der Verwahrer von der Ermächtigung Gebrauch, so ist der Hinterleger auf einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr von Wertpapieren gleicher Art und Menge 28) 29) beschränkt. Die Aneignung ist jedoch nur zulässig, wenn eine ausdrückliche und schriftliche Ermächtigung für das einzelne Verwahrungsgeschäft erteilt worden ist 30).

27) Für die rechtlichen Folgen der Ermächtigung ist das bürgerliche Recht massgebend (RGZ 52, 202 (204)).

28) Vgl. Fussnote 6.

29) Begrifflich ist die Aneignung daher nur bei vertretbaren Wertpapieren möglich. Da Sammelbestandanteile nur bei vertretbaren Wertpapieren möglich sind, sind sie ihrerseits ebenfalls vertretbar. Wertrechte, die kraft gesetzlicher Fiktion den Charakter von beweglichen Sachen besitzen (vgl. BGHZ 5, 27 (31)), können Gegenstand einer Ermächtigung nach § 13 DepG sein; vgl. Opitz BA 1941, 40 f..

30) Ausnahme § 16 DepG.

5. Depot mit Tauschermächtigung

Das in den §§ 10, 11 DepG geregelte Depot mit Tauschermächtigung hat sich aus den in § 2 DepG 96 vorgesehenen Ermächtigung zur Rückgewähr gleichartiger 31) Wertpapiere entwickelt.

§ 10 DepG sieht zwei Formen dieser Depotart vor. § 10 (1) DepG regelt den Fall, dass der Verwahrer ermächtigt ist, statt der ihm anvertrauten Wertpapiere solche gleicher Art und Menge zurückzugewähren 32), während § 10 (2) DepG dem Verwahrer die Möglichkeit gibt, die Wertpapiere entgegen den Bestimmungen der §§ 688, 695 BGB bereits während der Verwahrungszeit gegen solche gleicher Art und Menge auszutauschen.

Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Depotform ist die Ermächtigung des Hinterlegers 33), für die § 10 (1 u. 2) DepG strenge Formvorschriften aufstellt 34) 35). Macht der Verwahrer von der Ermächtigung nach § 10 (2) DepG Gebrauch, so verliert der Hinterleger das Eigentum an den hinterlegten Wertpapieren erst zu diesem Zeitpunkt 36). Spätestens zu diesem Zeitpunkt muss der Verwahrer dem bisherigen Eigentümer neues Eigentum an Wertpapieren gleicher Art und Menge verschaffen. Nicht erforderlich ist, dass Wertpapiere gleicher Stückelung übereignet werden 37). Der Eigentümer der hinterlegten Wertpapiere ist deshalb zu keinem Zeitpunkt auf einen obligatorischen Rückgewähranspruch beschränkt.

31) Vgl. Fussnote 29.

32) Leistung an Erfüllung Statt §§ 364, 695 BGB.

33) Vgl. Fussnote 11.

34) Gem. § 11 S.1 DepG umfasst die Ermächtigung nach § 10 (1) DepG, sofern dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, auch die Ermächtigung nach § 10 (2) DepG, während in der Ermächtigung nach § 10 (2) DepG begrifflich die nach § 10 (1) DepG enthalten ist.

35) Ausnahme § 16 DepG.

36) Vgl. § 11 S.2 DepG. Die übliche Bezeichnung Tauschverwahrung ist deshalb irreführend, da sie den Anschein erweckt, dass ein Tausch in jedem Falle erfolge.

37) Gerade hierin liegt die Bedeutung für die Banken, da sie dadurch die Möglichkeit erhalten, bei Bedarf grössere Stücke gegen kleinere und umgekehrt auszutauschen. Eine andere Beurteilung greift nur dann Platz, wenn für eine bestimmte Stückelung eine besondere Bewertung stattfindet; vgl. Opitz § 11 Anm. 5; Quassowski-Schröder § 11 B II 2.

6. Pfandverwahrung

Gegenstand der Pfandverwahrung nach § 17 DepG können alle in § 1 (1) DepG genannten Wertpapiere, aber auch Sammelbestandanteile 38) sein. Voraussetzung der Pfandverwahrung ist, dass die Wertpapiere einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes anvertraut werden 39). Die Pflichten des Verwahrers entstehen mit der Anvertrauung auch dann, wenn das Pfandrecht nicht wirksam bestellt worden ist 40).

Das Pfand ist in der Verwahrungsart zu halten, die dem Pfandgegenstand entspricht, sofern die Verpfänder nicht sein Einverständnis mit einer anderen Verwahrungsart in der depotrechtlich erforderlichen Weise erklärt hat, d.h. Wertpapiere sind in Sonderverwahrung zu nehmen 41), bei Sammelbestandanteilen ist die entsprechende Sammelverwahrungsart beizubehalten.

Der Pfandverwahrer kann nach den §§ 10, 11 DepG zum Austausch der verpfändeten Papiere, nach § 12 DepG zur Weiterverpfändung, nach § 13 DepG zur Aneignung bzw. Übereignung auf einen Dritten ermächtigt werden.

Möglich ist auch die Bestellung eines irregulären Pfandrechts (*pignus irregulare*), bei dem der Pfandgläubiger ermächtigt ist, Sachen gleicher Art und Menge statt der verpfändeten zurückzugewähren 42). Erforderlich ist hierfür das Vorlie-

38) Vgl. Opitz § 17 Anm. 3. Wertrechte sind den Sammelbestandanteilen gleichgestellt; vgl. § 4 der Verordnung über die Verwahrung und Anschaffung von Reichsschuldbuchforderungen vom 5.1.1940 (RGBl. 1940 I S. 30), § 2 der VO über die Behandlung von Anleihen des Deutschen Reichs im Bank- und Börsenverkehr v. 31.12.1940 (RGBl. 1941 I S. 21) und § 1 (1) des Anleihengesetzes v. 29.3.1950 (BGBl. 1950 I S. 218). Ihre Sachnatur ist auch von der Rechtsprechung anerkannt worden (vgl. BGHZ 5, 27 (31)).

39) Vgl. Fussnoten 1-3.

40) Vgl. Opitz § 17 Anm. 4; Quassowski-Schröder § 17 B 3; Schlegelberger-Heiermehl Anh. zu § 424 Anm. 63; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 131.

Ist das Pfandrecht wirksam bestellt, so bestimmt sich die Rückgabepflicht in erster Linie nach den Grundsätzen des Pfandrechts, nicht des Verwahrungsvertrags; vgl. Opitz § 17 Anm. 6; Quassowski-Schröder § 17 C 12.

41) Vgl. Seuff. A. 83, 148.

42) Vgl. hierzu Staudinger-Kober § 1204 Anm. 23; RGRK z. BGB § 1205 Anm. 6; Wolff-Raiser § 173 I; Gadow in RGRK z. HGB § 368 Anm. 87.

Im Bankgeschäft ist für das irreguläre Pfandrecht die Bezeichnung uneigentliches Lombardgeschäft im Gegensatz zum eigentlichen Lombardgeschäft, dem die Bestellung eines Faustpfands wesentlich ist, üblich; vgl. Herold S. 118 ff.; Enzyklopädisches Wörterbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens unter Lombardgeschäft.

gen einer Ermächtigung nach § 15 (1 u. 2) DepG, sofern das Eigentum sofort auf den Pfandgläubiger übergehen soll, bzw. einer Ermächtigung nach § 13 DepG, wenn das unregelmässige Pfandrecht erst dann zur Entstehung gelangen soll, wenn sich der Pfandverwahrer die Stücke aneignet.

Gekünstelt und nicht den wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechend erscheint die Konstruktion des *pignus irregulare* als Forderungspfandrecht, nämlich als Pfandrecht an der Forderung des Pfandhinterlegers gegen den Pfandverwahrer auf Rückgabe gleichartiger und gleichwertiger Sachen 43). Die Sicherung des Pfandgläubigers liegt nicht in dem Umstand, dass er zur Rückgabe verpflichtet ist, sondern wie bei der Sicherungsübereignung in der Überlassung der Sache zu Eigentum.

7. Das irreguläre Depot

Beim irregulären (unechten, unregelmässigen) Depot ist vereinbart, dass das Eigentum an den Wertpapieren 44) sofort auf den "Verwahrer" oder einen Dritten übergeht und der Einlieferer von diesem Zeitpunkt an auf einen obligatorischen Rückgewähranspruch beschränkt ist. Die Vorschriften des ersten Abschnitts des Depotgesetzes sind auf ein derartiges Geschäft nicht anzuwenden (§ 15 (1) DepG).

Rechtswirksam ist die Vereinbarung der unregelmässigen Verwahrung nur dann, wenn die strenger Formvorschriften des § 15 (2) DepG gewahrt sind.

§ 15 DepG enthält, ebenso wie § 13 DepG, keine materiellrechtliche Regelung. § 15 (1) DepG bestimmt nur, dass für das Gebiet der unregelmässigen Verwahrung i. S. d. § 700 (1) S. 1 BGB der Schutz des Depotgesetzes nicht Platz greift. Dasselbe gilt nach § 15 (3) DepG, wenn vertretbare Wertpapiere als Darlehen geschuldet werden (§§ 607 BGB, 15 (3) DepG).

Der Eigentumserwerb der Bank vollzieht sich, sofern sie die Stücke bereits im Besitz hat, mit der Entgegennahme der in der Form des § 15 (2) DepG erfolgten Übereignungsofferte, ohne dass es einer ausdrücklichen Annahmeerklärung bedarf, da eine solche nicht verkehrsrüblich ist (§§ 929 S. 1, 151 BGB) 45).

Fortsetzung der Fussnote 42) von Seite 10

Im Gegensatz zu Opitz (a. a. O.) § 17 Anm. 5, Ratz und Gadow (a. a. O.) halten Quassowski-Schröder § 17 C 11 und Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 424 Anm. 63 die Bestellung eines unregelmässigen Pfandrechts im Hinblick auf § 1256 BGB für unmöglich.

43) So Opitz § 17 Anm. 5; gegen diese Konstruktion Oertmann in ACP 81, 90 f.; LZ 1918, Sp. 482; Haas S. 18 f..

44) Bzw. Sammeldepotanteilen (vgl. Fussnote 29) oder Wertrechten (vgl. Fussnote 38); vgl. dazu auch Opitz § 15 Anm. 5.

45) Die Ausdrücklichkeit der Vereinbarung, die in § 700 (2) BGB gefordert wird, muss nur auf Seiten des Hinterlegers vorliegen, da sie zu seinem Schutz vorge-

War die Übereignungsofferte vor der Besitzübertragung an die Bank abgegeben worden, so erfolgt der Eigentumserwerb der Bank bei Einlieferung der Stücke oder Eingang einer Sammeldepotgutschrift (§ 929 S. 1 BGB).

Die Buchung des obligatorischen Anspruchs des Einlieferers wurde früher als Gutschrift auf Stückkonto bezeichnet. Diese Bezeichnung war äusserst irreführend, da sie geeignet war, beim Bankkunden und wohl auch in Bankkreisen selbst den Eindruck zu erwecken, dass es sich hierbei um die Buchung eines dinglichen Anspruchs handle 46).

Des weiteren wurde der Begriff der Buchung auf Stückkonto sowohl für die Buchung des Anspruchs aus der unregelmässigen Verwahrung und aus dem Wertpapierdarlehen einerseits, wie für die des Anspruchs aus ausgeführten Effektenanschaffungsgeschäften andererseits, verwandt.

Erstere Geschäfte sind jedoch vom Gesetzgeber nicht in den depotrechtlichen Schutz einbezogen worden, während die Ansprüche aus ausgeführten Effektenanschaffungsgeschäften den besonderen Schutz des Depotgesetzes geniessen (§§ 18-30, 31 DepG).

Es war deshalb bei der Neubildung einer Bezeichnung für derartige obligatorische Lieferungsansprüche der unterschiedlichen Rechtslage Rechnung zu tragen. Für den Lieferungsanspruch aus der unregelmässigen Verwahrung und dem Wertpapierdarlehen wurde die Bezeichnung Aberdepot - Kontobezeichnung Aberdepotkonto -, für den Lieferungsanspruch aus ausgeführten Wertpapieranschaffungsgeschäften die Bezeichnung Wertpapierguthaben - Kontobezeichnung Wertpapierrechnung - gewählt.

Diese Bezeichnungen haben Zustimmung gefunden und finden heute allgemein Anwendung 47).

§ 2 BEGRIFF DES WERTPAPIERS

Eine für alle Rechtsgebiet zutreffende Definition des Begriffs des Wertpapiers ist nicht möglich. Die Bezeichnung Wertpapier wird vom Gesetzgeber in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht, z.B. in den §§ 232, 234, 372, 437 BGB, 1 (2) Ziff. 1, 369, 381, 383 HGB, 592, 688, 808, 821, 822 ZPO, 1 DepG, 43 BörsG usw..

Es ist deshalb davon auszugehen, dass es einen einheitlichen, für das Privatrecht allgemeingültigen Wertpapierbegriff nicht gibt, sondern dass der Begriff

Fortsetzung der Fussnote 45) von Seite 11

sehen ist; vgl. Opitz § 15 Anm. 6; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 124, 129; a. A. Quassowski-Schröder § 15 B II 1.

46) Vgl. Opitz in Festschrift für Pinner S. 326 ff..

47) Vgl. Simon in BA 36, 291; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 424 Anm. 64, 65, 89; Opitz § 15 Anm. 7.

Wertpapier lediglich einen Tatbestand wiedergibt, der nach Sinn und Zweck des ihn verwendenden Gesetzes etwas Verschiedenes umfasst 48). Ein allgemeiner Wertpapierbegriff kann deshalb nur einen Grundtatbestand aufstellen, der die rechtlichen und wirtschaftlichen Eigenarten der Wertpapiere herausstellt und im Zweifel Anwendung findet 49).

I. ALLGEMEINER WERTPAPIERBEGRIFF

Nach h. A. 50) ist unter einem Wertpapier eine Urkunde zu verstehen, in der ein privates Recht in der Art und Weise verbrieft ist, dass zur Ausübung des Rechts die Innehabung der Urkunde erforderlich ist 51).

Demgegenüber versteht Ulmer 52) unter Wertpapieren Urkunden über Vermögensrechte, bei denen die Verfügung über das verbrieftete Recht durch die Verfügung über das Papier erfolgt, d. h. Urkunden, bei denen das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt.

Dies gilt nach § 793 BGB für die Inhaberschuldverschreibungen, alle sonstigen Inhaberpapiere und die technischen Orderpapiere. Die Übertragung des Rechts folgt bei diesen Papieren den Normen des Sachenrechts und unterliegt dem Gutgläubensschutz der §§ 932 ff. BGB 53).

Stellt man auf die Rechtsträgerschaft 54) ab und berücksichtigt man, dass die kaufmännische Praxis unter Wertpapieren stets die Wertpapiere des Kapitalmarkts, die sog. Effekten verstanden hat, nicht aber die Rektapapiere, so muss man sich, gerade vom Blickpunkt dieser Arbeit aus, letzterer Ansicht anschließen 55).

48) Vgl. Würdinger in RGRK z. HGB § 1 Anm. 27.

49) Vgl. J. v. Gierke WPR S. 1.

50) Vgl. statt vieler Hueck S. 1.

51) Vgl. Heinrich Brunner S. 147; darauf aufbauend die Definition der h. L..

52) Vgl. Ulmer S. 21.

53) Diese Wertpapiere werden von der h. L. als Wertpapiere öffentlichen Glaubens oder Wertpapiere im engeren Sinn bezeichnet; vgl. Hueck S. 4.

54) Begriff bei Gareis in Busch's Archiv 34, 103.

55) Vgl. auch Karl Adler Grünhut's Z. 26 (1899) S. 19 ff. insb. S. 25 f.; Raiser - Das Rektapapier - S. 63 f.; Bernstein S. 384; vgl. auch Ulmer in ACP, Festgabe 1933 S. 209 über den parallelen Begriff des negotiable instrument im englischen Recht und Ulmer S. 21 über die titoli di credito des italienischen Rechts.

II. WERTPAPIERBEGRIFF DES DEPOTGESETZES

Unter Erweiterung des allgemeinen Wertpapierbegriffs bestimmt § 1 (1) DepG zwei Gruppen von Wertpapieren:

Die ausdrücklich aufgezählten Werte, nämlich Aktien, Kuxe, Zwischenscheine, Reichsbankanteilscheine, Zins-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen.

Vertretbare andere Wertpapiere mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld.

Aus der Fassung "ferner andere Wertpapiere" in § 1 (1) DepG ist zu schließen, dass auch die aufgezählten Papiere, die nicht unter den allgemeinen Wertpapierbegriff fallen, i. S. d. Depotgesetzes Wertpapiere sind; so die Erneuerungsscheine, die auch nach dem von der h. L. vertretenen Wertpapierbegriff nicht zu den Wertpapieren zählen, sondern bloss Legitimationspapiere sind, sowie die beweglichen Kuxe, die als Rektapapiere nicht unter den hier vertretenen allgemeinen Wertpapierbegriff fallen.

Eine Ausnahme vom depotrechtlichen Wertpapierbegriff bringt § 38 (2) DepG, der die Sanktion des § 38 (1) DepG über den in § 1 (1) DepG bezeichneten Wertpapierkreis hinaus erweitert.

III. WERTPAPIERBEGRIFF DES BÖRSENGESETZES

Wertpapiere i. S. d. § 36 BörsG sind diejenigen Wertpapiere, die in grösseren, gleichartigen Mengen ausgegeben werden, um einem unbegrenzten Personenkreis als Vermögensanlage zu dienen⁵⁶⁾. Nicht fungible Wertpapiere fallen deshalb nicht unter den Wertpapierbegriff des § 36 BörsG⁵⁷⁾.

Um den Zweck der einschränkenden Auslegung in § 36 BörsG nicht hinfällig werden zu lassen, ist es aber notwendig, den Wertpapierbegriff in § 43 BörsG möglichst weit zu ziehen, da ansonsten infolge des Fehlens der Wertpapiereigenschaft eine amtliche Notiz erfolgen könnte.

⁵⁶⁾ Aus § 96 (1) BörsG folgt, dass Wechsel und ausländische Zahlungsmittel jedenfalls nicht zu den Wertpapieren i. S. d. BörsG zählen.

⁵⁷⁾ Vgl. Meyer-Bremer § 36 Anm. 2; Göppert S. 211.

Kuxe sind als zum Handelsverkehr geeignet anzusehen (vgl. S. 16), zählen daher zu den Wertpapieren i. S. d. BörsG; vgl. RGZ 47, 104 (106 f.).

IV. WERTPAPIERBEGRIFF IN DEN §§ 1 (2) Ziff. 1, 381, 383 HGB

Wertpapiere i. S. dieser Bestimmungen sind nur solche Wertpapiere, die Gegenstand des Handelsverkehrs sind. Regelmässig ist dies der Fall bei Inhaber- und Orderpapieren, seltener bei Rektapapieren. In letzterem Fall ist darauf abzustellen, ob es sich um vertretbare oder doch zumindest um in Massen emittierte Papiere gleicher Art handelt 58).

Der bewegliche Kux ist in jedem Fall Gegenstand des Handelsverkehrs, obwohl er auf den Namen lautet und die Übertragung der Schriftform bedarf, da er kraft Gesetzes die Eigenschaft einer beweglichen Sache hat (§ 101 (3) Preuss. AllgBergG., Art. 145 (3) Bayr. BergG.). Seine Übertragung wird daher nicht als Zession, sondern als Veräusserung angesehen 59).

§ 3 ABGRENZUNG DER AMTLICH NOTIERTEN WERTPAPIERE VON DEN AMTLICH NICHT NOTIERTEN WERTEN

Die Abgrenzung der amtlich notierten Wertpapiere von den amtlich nicht notierten Werten ist im Hinblick auf das gesetzliche Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs nach § 400 (1) HGB und im Hinblick auf Ziff. 29 der AGB der Privatbanken von grosser Bedeutung. Nach § 400 (1) HGB ist das gesetzliche Selbsteintrittsrecht an das Vorhandensein eines amtlich festgestellten Börsenpreises gebunden. Daran anknüpfend erklären die Banken in Ziff. 29 (1) AGB gegenüber ihren Kunden ein für allemal, dass sie alle Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren, die an der Börse des Ausführungsplatzes zum amtlichen Handel zugelassen sind, - nur für diese Wertpapiere erfolgt eine amtliche Preisfeststellung -, als Kommissionär durch Selbsteintritt ausführen, ohne dass es einer ausdrücklichen Anzeige nach § 405 (1) HGB bedarf.

Ziff. 29 (2) AGB sieht vor, dass Geschäfte in Kuxen und nicht zum amtlichen Handel zugelassenen Werten im Wege des Eigenhandels ausgeführt werden.

58) Vgl. Ulmer S. 17; Würdinger in RGRK z. HGB § 1 Anm. 27; Schlegelberger-Hildebrandt § 1 Anm. 37; Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 27.

59) Vgl. die oben zitierten Fundstellen und RGZ 28, 251 ff.
(insb. S. 258).

I. AMTLICH NOTIERTE WERTPAPIERE

Unter amtlich notierten Wertpapieren sind Wertpapiere zu verstehen, die gem. § 36 BörsG zum amtlichen Handel zugelassen worden sind, da sie die im Börsengesetz vorgesehenen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt haben 60) und die bereits an der Börse eingeführt worden sind. Nur für diese Wertpapiere erfolgt eine amtliche Feststellung des Preises und nur sie dürfen die Börseneinrichtungen benützen. Ist die amtliche Notiz ohne Zurücknahme der Börsenzulassung durch den Börsenvorstand aufgehoben worden, so sind die davon betroffenen Wertpapiere während der Dauer der Aufhebung den amtlich nicht notierten Werten zuzurechnen 61). In diesem Sinn ist auch die Regelung dieser Frage in Ziff. 29 (2) S. 2 AGB erfolgt.

II. AMTLICH NICHT NOTIERTE WERTE (sog. Freiverkehrswerte)

1. Entwicklung des Effektenfreiverkehrs

Im Gegensatz zur Handhabung im Ausland (Paris - London - New York), wo der Handel in den zum amtlichen Handel zugelassenen Wertpapieren lediglich den Charakter eines privilegierten Handels hat, daneben aber der Handel in nicht-zugelassenen Werten mehr oder minder weitgehende Duldung oder sogar offizielle Berücksichtigung findet 62), wollte der deutsche Gesetzgeber auf Grund der schlechten Erfahrungen, die man in den "Gründerjahren" nach 1871 gemacht hatte 63), den Handel in Freiverkehrswerten soweit wie möglich unterbinden. Er glaubte dies dadurch erreichen zu können, dass er Wertpapiere, die den Zulassungsvoraussetzungen des Börsengesetzes 64) nicht genügen, von allen Vorteilen

60) Gem. § 39 BörsG sind Reichs- und Staatsanleihen - jetzt Bundes- und Landesanleihen - kraft Gesetzes an jeder Börse zugelassen.

61) Vgl. Bernstein S. 387; a. A. BGHZ 8, 222 (227), der aber nicht berücksichtigt, dass in Verfolgung seiner Ansicht dieselben Schwierigkeiten bei der Preisansetzung auftreten, wie beim vereinbarten Selbsteintritt bei amtlich nicht notierten Werten.

62) Vgl. Bernstein S. 378.

63) 1881 erliess der Berliner Börsenvorstand eine Anordnung, die gewisse Mindestanforderungen für die Zulassung zum Börsenhandel aufstellte. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte an der Börse jedes Wertpapier gehandelt werden.

64) Vgl. wegen der die Zulassungsvoraussetzungen des Börsengesetzes ergänzenden Vorschriften Meyer-Bremer Einl. zu § 36.

der Börseneinrichtungen 65) ausschloss 66).

Zwangsläufig musste damit beim Publikum der Eindruck entstehen, dass es sich bei diesen Werten um solche minderer, ja fragwürdiger Qualität handle 67). Diese Ansicht ist jedoch irrig, da oftmals infolge des reibungslosen Funktionierens des Freiverkehrshandels gar kein Antrag auf Zulassung zur Börse gestellt wird 68) und selbst die Nichtzulassung nichts über die Bonität der Werte besagen muss 69). So werden heute erstklassige Wertpapiere im Freiverkehr gehandelt, wie überhaupt die Absicht des Gesetzgebers, den Freiverkehr einzudämmen, als gescheitert angesehen werden muss 70). An die Stelle der fehlenden gesetzlichen Regelung waren alsbald Börsenbräuche und Usancen 71) getreten. Sie sind nunmehr durch die Usancen der Ständigen Kommission für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten beim Bundesverband des privaten Bankgewerbes abgelöst worden 72), die nach Ziff. 30 (2) AGB auch im Verhältnis zum Kunden massgeblich sein sollen.

65) Wie amtliche Börsennotiz, Benutzung der Börsenschiedsgerichte, des Kursfeststellungsverfahrens, der Kontrollorgane, der Sachverständigenkommissionen usw.. Nicht zu den Börseneinrichtungen i. d. S. zählen die Börsenräume und die Ehrengerichte; vgl. Bernstein S. 397.

66) Vgl. Bericht der Börsenenquêtekommission S. 42 f..

67) So bereits Denkschrift der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft an den Reichskanzler vom 12.11.1894 S. 12.

68) Z.B. um die hohen Prospektkosten und Einführungsgebühren zu sparen. Weiter besteht häufig gar kein Interesse an einer Zulassung, wie etwa bei Betrieben in Familienbesitz oder bei der Konzentration des Aktienkapitals in der Hand weniger Grossaktionäre.

69) Z.B. wegen zu geringer Kapitalhöhe oder ungenügendem Umsatz.

70) Vgl. Bernstein S. 380.

71) Im Rheinland und in Westfalen, wo grosse Umsätze in Freiverkehrswerten getätigt wurden, gelangten die Essen-Düsseldorfer Börsengebräuche rasch zu allgemeiner Geltung. Erst 1912 kam es durch das Zusammenwirken aller deutschen Banken zu einer einheitlichen Regelung des Handels in Freiverkehrswerten, als die beim Centralverband des deutschen Bank- und Bankierverbandes gebildete Ständige Kommission für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten eine Usancenzusammenstellung ausarbeitete, die nach Zustimmung durch den Münchner Bankiertag endgültig am 1.1.1913 im BA 12,99 ff. veröffentlicht wurde (sog. Centralverbandsusancen = CVU).

72) Vgl. Schneider-Dalheim.

Zwei Formen des Freiverkehrshandels sind zu unterscheiden, nämlich der geregelte Freiverkehr 73) und der unregelmäßig Freiverkehr, der sog. Telephonverkehr 74).

2. Kreis der amtlich nicht notierten Werte

Auszuscheiden sind vorweg alle die Wertpapiere, die an einer deutschen Börse zum amtlichen Handel zugelassen und eingeführt sind 75), auch wenn es sich dabei nur um eine Provinzbörse mit unbedeutendem Umsatz handelt 76).

Im Gegensatz zu den amtlich notierten Wertpapieren gehören zum Kreis der amtlich nicht notierten Werte nicht nur Wertpapiere, sondern auch sonstige Werte, die nach keiner Auffassung zu den Wertpapieren zu zählen sind, wie etwa GmbH-Anteile, Anteile von Bohr- und Bergwerksgesellschaften des bürgerlichen Rechts.

Als Werte i. d. S. sind vertretbare Wertpapiere und andere vertretbare Rechte 77) anzusehen, welche als Gegenstand der Vermögensanlage zu dienen geeignet sind 78). Die Eignung zum Handelsverkehr ist nur mit der Einschränkung zu

73) Die Vermittlung des geregelten Freiverkehrs erfolgt durch freie Makler oder von Bank zu Bank, weshalb z. T. der Begriff Telephonverkehr auch für den geregelten Freiverkehr verwandt wird. Art und Umfang des geregelten Freiverkehrs sind in den Geschäftsordnungen der Ausschüsse für Geschäfte in amtlich nicht notierten Werten, bzw. in den entsprechenden Richtlinien der einzelnen Börsen (vgl. Anh. II bei Meyer-Bremer) geregelt.

Als Spitzenorganisation für die an den Börsen bestehenden Ortsausschüsse fungiert die Ständige Kommission für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten beim Bundesverband des privaten Bankgewerbes.

74) Beim unregelmäßig Freiverkehr handelt es sich um Werte, bei denen wegen der geringen Kapitalbasis und des begrenzten Abnehmerkreises eine Einbeziehung in den geregelten Freiverkehr nicht in Betracht kommt und deren Handel im telephonischen Verkehr von Bank zu Bank abgewickelt wird; vgl. Meyer-Bremer § 43 Anm. 7.

75) Kuxe, die an der Düsseldorfer Börse amtlich, jedoch üblicherweise nur mit Brief- und Geldkursen notiert werden, die aber keine amtliche Preisfeststellung darstellen (vgl. unten S. 27), werden usancemäßig wie unnotierte Werte behandelt (vgl. auch Ziff. 29 (2) AGB).

76) Vgl. Bernstein S. 387.

77) Über die Vertretbarkeit von Rechten entscheidet, wie über die Vertretbarkeit körperlicher Gegenstände, die Verkehrsauffassung. Es genügt auch hier, dass ein bestimmter Personenkreis die Vertretbarkeit bejaht (vgl. Bernstein S. 385 f.). Vgl. zum Begriff der vertretbaren Rechte Opitz BA 1941, 36 (40).

78) Insoweit entsprechend den Anforderungen des § 36 BörsG.

fordern, dass sie einem mehr oder minder grossen Personenkreis als gegeben erscheint 79).

Wenn Pinner 80) den Kreis der amtlich nicht notierten Werte auf solche Werte begrenzt wissen will, die am Markt für amtlich nicht notierte Werte gehandelt werden, so übersieht er, dass dies nur die Rechtsfolge der Abgrenzung, nicht deren Kriterium sein kann 81).

Eine feste Abgrenzung des Begriffs der unnotierten Werte ist daher nicht möglich, da Werte, die heute als nicht vertretbar und nicht handelsgeeignet angesehen werden, morgen das Objekt des Handels in amtlich nicht notierten Werten sein können 82). Im wesentlichen dürfte dieser Kreis nicht über die in den Gruppen A und B der CVU 83) aufgezählten Werte hinausgehen.

§ 4 DIE ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN DER BANKEN

Bereits im Jahre 1870 tauchten im Bankgewerbe die ersten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) auf. Veranlasst wurde die Aufstellung der AGB durch die infolge des wirtschaftlichen Aufschwungs auftretenden Massengeschäfte, die eine individuelle Gestaltung der Rechtsgeschäfte praktisch unmöglich machten, weiter durch den Aufbau des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, der für die Banken Risiken mit sich brachte, die in keinem Verhältnis zu ihrer Provision standen. Dass die Banken gleichzeitig versuchten, ihre Rechtsstellung gegenüber den Kunden durch die Fassung der AGB zu verbessern, liegt in der Natur des

79) Die Kritik Schlechtriem's (S. 69) an dieser Abgrenzung Bernstein's (vgl. S. 385) ist unbegründet. Wenn Rechte als vertretbar gehandelt werden, so sind sie es auch bei der Erfüllung. Der Hinweis, dass diese vertretbaren Rechte andernfalls unter die Vorschriften des DepG fallen müssten, was Riesser-Bernstein gerade ablehnten (S. 43), greift nicht durch, da vinkulierte Namensaktien als Aktien ohnehin zu den in § 1 (1) DepG aufgezählten Wertpapieren gehören, GmbH.-Anteile mangels Wertpapiereigenschaft nicht unter den Begriff der "vertretbaren anderen Wertpapiere" fallen können. Da anerkannterweise nicht vertretbare Sachen und Rechte kraft Vereinbarung als vertretbar gehandelt werden können, ist diese Frage letztlich bedeutungslos.

80) Pinner S. 840. (Zit. bei Bernstein S. 386 und Schlechtriem S. 69).

81) Ablehnend auch Bernstein S. 386; Schlechtriem S. 69.

82) So bezeichneten Kormann (in LZ 1912, Sp. 639 ff.) und Dalberg (in DJZ 1912, S. 612 ff.) den spekulativen Handel in GmbH.-Anteilen als illegitim. Dagegen mit Recht bereits Bernstein S. 390.

83) Vgl. Fussnote 71

Geschäftsbedingungswesens 84).

Die Bedeutung, die die AGB rasch gewonnen hatten, kann daraus ersehen werden, dass bereits bei den Vorarbeiten zur Handelsrechtsgesetzgebung und vor allem zum Börsengesetz die AGB und die in Verbindung mit ihnen aufgetretenen Missstände Berücksichtigung fanden 85).

Die ursprünglich wenig umfangreichen AGB der Banken 86) wuchsen immer mehr an, insbesondere in den Jahren nach dem 1. Weltkrieg, und erfassen heute jedes üblicherweise im Bankgewerbe vorkommende Geschäft.

I. RECHTSNATUR DER AGB

Eine eingehende Untersuchung der Rechtsnatur der AGB, die es erforderlich machen würde, auf die Rechtsquellenlehre einzugehen, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen 87). Es soll deshalb nur die vom BGH vertretene Auffassung, die im wesentlichen der heute h.L. entspricht, dargestellt werden.

Nach Auffassung der BGH handelt es sich bei den AGB jedenfalls nicht um objektives Recht 88). Die AGB stellen zwar eine "allgemein geregelte Vertragsordnung", "eine fertig bereitliegende Rechtsordnung" dar 89), ihre Geltung sei jedoch von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Unterwerfung des in diese Rechtsordnung Eintretenden abhängig 90), durch die die AGB Vertragsbestandteil

84) Vgl. v. Godin in RGRK z. HGB § 346 Anm. 17d; Raiser S. 5.

85) Vgl. Bericht der Börsenenquêtekommission S. 300 ff., 600 ff., 1313.

86) So wiesen 1886 die AGB der Deutschen Bank 11, 1891 die der Dresdner Bank 5 und die der Nationalbank 11 Ziffern auf.

87) Es kann insoweit auf die grundlegenden Arbeiten von Raiser, Koch, Haupt, Michel, v. Brunn, Pagenstecher, weiter auf die auf die AGB der Banken abgestellten Diss. von Heilbrunn, Husmann und Mayerhofer verwiesen werden.

88) So BGHZ 17, 1(2) in einer Art authentischer Interpretation der vorangegangenen Entscheidungen (vgl. auch Fussnote 90).

89) Die im Anschluss an die Entscheidung des RGZ v. 31.1.1941 entstandene Lehre vom Normencharakter der AGB - vertreten vor allem von Herschel DR 1942, 753 ff., derselbe auch schon in Anm. zum Urteil des RGZ v. 21.3.1941 in DR 1941, 1726; Bernhardt in DR 1942, 1171 ff. (1172 f.); Eilles in DGWR 1941, 121 ff.; im weiteren Verlauf von Hamann in MDR 49 209ff.; Schmidt-Lossberg in Anm. zu MDR 1951, 284; a. A. Müller-Eisert in DGWR 1942, 111 ff.; Pagenstecher S. 139 ff.; - kann damit als überholt angesehen werden. Vgl. Kritik der Normenlehre bei Nörr S. 30 ff., v. Brunn S. 71 ff..

90) Vgl. BGHZ 1, 83 (85 f.) mit weiteren Nachweisen; 3, 200 (203); 6, 145 (147); 9, 1 (3); 12, 136 (139, 142).

Zustimmend Raiser in Anm. zu NJW 1952, 625; ders. in Anm. zu SJZ 1950, 667; Hildebrandt in JR 1955, 325 ff.; Stoldt in MDR 1951, 141 f.; Baumbach-Duden Einf. zu Buch 3 Anm. 3; a. A. von Standpunkt der Normenlehre Schmidt-Lossberg in Anm. zu MDR 1951, 284.

würden. Unerheblich sei es dabei, ob der in diese Rechtsordnung Eintretende die Einzelheiten des Inhalts der AGB kenne. Einer Unterwerfung unter objektives Recht bedürfe es dagegen begrifflich nicht.

II. ZUR BERECHTIGUNG DES BEGRIFFS DER UNTERWERFUNG

Seit der Entscheidung des RG vom 31. 1. 1941 91) ist es allgemein üblich geworden, von einer Unterwerfung unter die AGB zu sprechen.

Ein besonderer Rechtsbegriff der Unterwerfung ist dem deutschen Recht jedoch fremd und es besteht auch kein Anlass zu einer dogmatischen Verselbständigung der Unterwerfungserklärung 92). Dabei bleibt es gleichgültig, ob man die Geltungsgrundlage der AGB mit der h. L. im Rechtsgeschäft erblickt oder ob man den AGB den Charakter objektiven Rechts zuerkennt. Im letzteren Fall bedarf es, wie der BGH betonte 93), keiner Unterwerfung, da die AGB dann entsprechend ihrer Rechtsnatur objektive Geltung beanspruchen können, anderenfalls kraft Willenserklärung Vertragsbestandteil werden.

Dass dem so ist,* muss auch aus der vom BGH angeführten Möglichkeit der stillschweigenden Unterwerfung 94) gefolgert werden, da nur bei Willenserklärungen dem Moment der stillschweigenden Bewirkung Bedeutung beizumessen ist 95).

Dem Umstand, dass der Erklärende die AGB in Bausch und Bogen als verbindlich anerkennt, möglicherweise ohne sie im einzelnen zu kennen, kann keine Bedeutung im Hinblick auf eine Verselbständigung des Begriffs der Unterwerfung zukommen. Eine Parallele hierzu bietet der Eintritt in einen Verein hinsichtlich der Verbindlichkeit der Vereinssatzung. Auch hier liegt ein Fall der "Totalerklärung" 96) vor.

Es ist deshalb festzustellen, dass der Begriff Unterwerfung zwar in etwa den soziologischen Tatbestand wiedergibt, nämlich, dass der Kunde sich in der Regel den AGB beugen muss, wenn ihm an einem Vertragsabschluss gelegen ist, dass er jedoch rechtlich unzutreffend ist, da es sich bei der sog. Unterwerfungserklärung um eine gewöhnliche, rechtsgeschäftliche Willenserklärung handelt, der eine Sonderstellung nicht einzuräumen ist 97).

91) RGDR 1941, 1210 ff. .

92) Vgl. Krause in BB 1955, 265 f. .

93) Vgl. BGHZ 3, 200 (203); 9, 1 (3); 12, 136 (142); 17, 1 (2).

94) BGHZ 17, 1 (2).

95) Krause a. a. O. S. 265.

96) Krause a. a. O. S. 266.

97) Vgl. Krause a. a. O.; Enneccerus-Nipperdey § 163 VI 2; Raiser in NJW 1952, 625; Hildebrandt in JR 1955, 325 (327).

III. DIE VERTRAGLICHE GRUNDLAGE DER GELTUNG DER AGB DER BANKEN

Besteht sonach, wie oben ausgeführt, Einigkeit darüber, dass die Verbindlichkeit der AGB auf der vertraglichen Vereinbarung ihrer Geltung beruht, so gehen die Auffassungen dann auseinander, wenn es gilt, die Vereinbarung der Verbindlichkeit von AGB, die eine Vielzahl von Geschäften zu regeln bestimmt sind, in die vertraglichen Beziehungen der Parteien einzuordnen.

Diese Frage wurde vor allem im Zusammenhang mit den AGB der Banken erörtert, da hier die verschiedenartigsten Geschäfte einer generellen Regelung zugeführt werden sollen.

Nach Auffassung des RG diene die Einverständniserklärung des Bankkunden zu den AGB der Banken lediglich der Vorbereitung der späteren Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Kunde, ohne selbst vertragliche Verpflichtungen zu begründen. Die Bindung an die AGB trete erst bei Abschluss der Einzelgeschäfte auf, deren Bestandteil die AGB als "lex contractus" 98) würden, sofern nicht bei Abschluss des Einzelgeschäfts eine abweichende Vereinbarung getroffen würde 99).

Das RG war jedoch gezwungen, diese Auffassung dahingehend zu erweitern, dass die Vereinbarung über die Geltung der AGB dann eine über die blosse Vorbereitung künftiger Verträge hinausgehende Wirkung haben könne, wenn die Vertragsteile mit dem Zustandekommen eines künftigen, wenn auch stillschweigenden Vertragsschlusses überhaupt nicht mehr gerechnet, sondern übereinstimmend angenommen hätten, dass auch ohne das Hinzutreten irgendeiner neuen Willenseinigung die mit der Festsetzung der AGB beabsichtigten Rechtsfolgen im gegebenen Fall unmittelbar, ungeachtet einer etwa geschehenen Änderung des schon gebundenen Willens des anderen Teils, eintreten sollten 100).

Dass diese Auffassung vom BGH übernommen wurde, dürfte nach der Entscheidung BGHZ 17, 1 (2) feststehen.

Raiser 101) geht dagegen bei der Einordnung der AGB in die vertraglichen Beziehungen der Parteien von vier, in ihrer Zwecksetzung verschiedenen Gruppen von Klauseln der AGB aus. Er unterteilt die Klauseln der AGB in solche,

- a) die nur Inhalt und Abschluss der Einzelverträge regeln,
- b) die sich ausschliesslich auf das Verhältnis der Geschäftsverbindung beziehen,
- c) die sowohl die Rechtsfolgen der Geschäftsverbindung, wie diejenigen des Einzelvertrags betreffen,

98) Vgl. Kritik an diesem Begriff bei Raiser S. 60.

99) Vgl. RGZ 13, 68 (77); 58, 153 (155); 84, 1 (3); 122, 76 (77); 135, 91 (93); BGHZ 17, 1 (2).

100) Vgl. RGZ 84, 1 (4); 105, 289 (291); 122, 76 (77); 135, 91 (93); JW 1930, 633 Nr. 11; 1932, 1659 Nr. 14; Holdh. 23, 148.

101) Vgl. Raiser S. 133 ff., insb. S. 137 ff..

d) die zwar nur zum Inhalt von Einzelverträgen bestimmt sind, diese aber mit Rücksicht auf die Geschäftsverbindung besonders ausgestalten.

Daran anschliessend folgert Raiser 102), dass die Klauseln der Gruppen a) und d) nur Inhalt der Einzelverträge, diejenigen der Gruppe b) ausschliesslich Bestandteil des Geschäftsverbindungsvertrags 103) würden, während die der Gruppe c) angehörigen Klauseln gleichzeitig beiden Vertragstypen angehören könnten. Die Klauseln der Gruppen a) und d), sowie die der Gruppe c), soweit sie Einzelverträge betreffen, bedürfen daher nach Raiser einer Neuvereinbarung bei jedem Einzelvertragsschluss. Der Unterschied zu den Klauseln der Gruppe b) verwische sich jedoch dadurch, dass durch den Abschluss des Geschäftsverbindungsvertrags auf der Grundlage der AGB der Zustand des Einigseins über die Geltung der AGB als über den Akt der Einigung hinauswirkender Zustand begründet werde 104).

Durch die Einigung über die Geltung der AGB komme zu dem zwischen Bank und Kunden bestehenden Geschäftsverbindungs- und Bankvertrag 105), also ergänzend, die Einigung über gewisse Teile des Inhalts der Einzelverträge hinzu, zugleich aber auch die Ausgestaltung des Geschäftsverbindungs- und Bankvertrags. Raiser bezeichnet dieses nach Ursprung und Sache einheitliche Rechtsverhältnis als Bankvertrag im weiteren Sinn 106). Inhalt dieses Vertrags sei nicht die Verpflichtung zur Ausführung aller neutralen Bankgeschäfte 107) auf einseitigen Wunsch des Kunden, sondern die Erklärung der Bank, auf der Grundlage der getroffenen Regelung zum Abschluss von Einzelverträgen bereit zu sein 108).

Koch 109) sieht in der Anerkennung der AGB durch den Kunden den Abschluss eines selbständigen Vertrags, den er im Anschluss an Klausing 110) als Geschäftsbedingungsvertrag bezeichnet. Dieser Vertrag, der seinem Zweck und Inhalt nach einen Geschäftsbesorgungsvertrag darstelle, bilde den Rahmen für die Einzelvereinbarungen. Soweit im Geschäftsbedingungsvertrag Bestimmungen vereinbart würden, die in Abhängigkeit von später abzuschliessenden Verträgen stünden,

102) Raiser a. a. O. .

103) Vgl. Raiser S. 142.

104) Vgl. Raiser S. 138 f. .

105) Begriff zurückgehend auf Neustätter S. 65 ff. , insb. S. 71 f. ; vgl. auch Müller-Erzbach S. 65; J. v. Gierke S. 490.

106) Vgl. Raiser S. 146.

107) So bezeichnet in Anlehnung an Koch, Banken und Bankgeschäfte S. 227 - im Gegensatz zu den sog. Aktiv- und Passivgeschäften; vgl. hierzu Koch a. a. O. S. 61 u. 86 -.

108) Vgl. Raiser S. 145.

109) Koch S. 10 ff. .

110) Klausing S. 281.

handle es sich um einen Vorvertrag 111) zur Regelung der durch diese Verträge abzuschliessenden Geschäfte.

Haupt 112) sieht in der Vereinbarung der Eingehung einer Geschäftsverbindung unter Zugrundelegung der AGB eine Mehrheit von Verträgen 113), die sich zu einem organischen Ganzen zusammenfügen, für das er, wie Koch unter Hinweis auf Klausing 114), die Bezeichnung Geschäftsbedingungsvertrag wählt 115).

Dieser Geschäftsbedingungsvertrag setze sich zusammen aus schuldrechtlichen und dinglichen Verträgen auf der einen, und einem Normenvertrag 116) hinsichtlich der normativen Klauseln der AGB auf der anderen Seite. Die Parteien dieses Normenvertrags verpflichteten sich darin nicht zu gegenseitigen Leistungen, sondern ihr Wille gehe übereinstimmend auf die Schaffung einer ihren späteren schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen übergeordneten, sie regelnden Ordnung. Sie gestalteten damit den Inhalt ihrer künftigen, selbständigen Rechtsgeschäfte unmittelbar.

Hinsichtlich eines Teils der Klauseln komme dazu noch der Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags, denn die Bank einigte sich mit dem Kunden nicht nur über die Normen, die z.B. für Wertpapiergeschäfte Geltung haben sollen, sondern erbierte sich auch, die Geschäfte in der so festgelegten Weise auszuführen.

Den dargestellten Auffassungen von Raiser, Koch und Haupt kann allgemein darin zugestimmt werden, dass sie sich von der zu engen Auffassung des RG gelöst haben, dass in der Vereinbarung der Verbindlichkeit der AGB der Banken in der Regel eine blosse Vorbereitungshandlung zu erblicken sei, und demgegenüber die Bedeutung der AGB für die Ausgestaltung der Geschäftsverbindung herausgestellt haben. Im übrigen kann Haupt und Koch jedoch aus rechtskonstruktiven Gründen nicht gefolgt werden.

Haupt kann zwar insoweit zugestimmt werden, als er davon ausgeht, dass der Wille der Parteien darauf gerichtet sei, ein für allemal - vorbehaltlich einer Willensänderung - die Geltung der AGB für ihre Geschäfte zu vereinbaren, so dass sich eine Bezugnahme auf die AGB bei Abschluss der Einzelgeschäfte erübrige.

Haupt bleibt jedoch die Begründung für die Zulässigkeit eines derartigen

111) Dieser Vorvertrag soll nach Koch indes keine Verpflichtung zur Eingehung der betreffenden Einzelverträge begründen, sondern nur die Verpflichtung zur Einhaltung der AGB; vgl. Koch S. 18 Fussnote 35.

112) Haupt S. 25 ff. .

113) Haupt führt die Geltung der AGB rechtskonstruktiv ebenfalls auf eine vertragliche Vereinbarung zurück (S. 43 f.), betont jedoch die tatsächliche Ähnlichkeit der AGB mit objektivem Recht (S. 188 ff.).

114) Klausing a. a. O. (Fussnote 105).

115) Haupt S. 44.

116) Begriff bei Hueck in Jherings J. Band 73, 33 ff. .

Normenvertrags schuldig. Die Berufung auf die Vertragsfreiheit vermag die Zulässigkeit rechtsverbindlicher Normenverträge 117), die allein den von Haupt angestrebten Erfolg herbeiführen könnten 118), nicht zu begründen.

Rechtsverbindliche Normenverträge, wie z.B. der normative Teil des Tarifvertrags, setzen objektives Recht. Die Träger dieser autonomen Rechtsetzungsbefugnis leiten ihr Recht jedoch vom Staat als Träger aller Rechtsetzungsgewalt ab und bedürfen insoweit der besonderen Ermächtigung durch den Staat, wie sie für den normativen Teil des Tarifvertrags in § 1 des Tarifvertragsgesetzes erteilt worden ist 119).

Koch ist entgegenzuhalten, dass nach h. A. 120) Wesensmerkmal eines Vorvertrags ist, dass sich die Parteien zum Abschluss eines späteren, in seinen wesentlichen Punkten bereits bestimmten Vertrags verpflichten. Eine derartige Verpflichtung ist jedoch von den Parteien nicht gewollt, da die Frage, ob später Geschäfte geschlossen und welcher Art diese sein würden, völlig offen bleibt. Gebraucht man den Begriff Vorvertrag, wie dies Koch tut, in dem weiteren Sinn, dass sich die Parteien verpflichten, bei späteren Vertragsschlüssen die bereits festgelegten Bestimmungen in den Vertrag aufzunehmen, so widerspricht dies offensichtlich dem Willen des Kunden 121).

Richtig erscheint dagegen die Auffassung Raiser's, deren rechtliche Konstruktion überzeugt und deren praktische Ergebnisse befriedigen.

IV. DIE VEREINBARUNG DER GELTUNG DER AGB DER BANKEN

Geht man mit der h.L. davon aus, dass die Geltung der AGB auf Vertrag beruht, so können die AGB der Banken auf folgende Weisen wirksam werden:
Fall 1: Regelmässig händigt die Bank dem Kunden vor Eröffnung der Geschäftsbeziehung ein Formular der AGB mit dem Hinweis aus, dass die Anerkennung der AGB Voraussetzung der Eröffnung der Geschäftsbeziehung sei und sie Geschäfte für den Kunden nur unter Zugrundelegung der AGB tätigen werde und bittet um

117) Vgl. Hueck a.a.O. S. 81 ff..

118) Ein schuldrechtlicher Normenvertrag würde nur die Verpflichtung zur Aufnahme der in ihm getroffenen Bestimmungen in die späteren Einzelverträge begründen, was Haupt eben vermeiden will; (vgl. zum schuldrechtlichen Normenvertrag Hueck a.a.O. S. 59 ff.). Ein auf eine derartige Verpflichtung abzielender Wille des Kunden liegt auch nicht vor, da dieser in der Regel gar kein Interesse hat, die Bank zu verpflichten, die für ihn ungünstigen AGB anzuwenden.

119) Vgl. Hueck-Nipperdey Bd. 2 § 18 III.

120) Vgl. Blomeyer S. 84; Larenz S. 60 f.; Leonhard (Abschlussungsvertrag) S. 290 f.; Staudinger-Coing Vorb. 20-22 vor § 145 BGB.

121) Vgl. Fussnote 118.

die Bestätigung des Empfangs der AGB 122). Da der Kunde somit weiss, dass die AGB Grundlage aller Geschäfte mit der Bank sein sollen, ist die Empfangsbestätigung ohne gleichzeitige Widerspruchserhebung materiellrechtlich als Einverständniserklärung zu werten 123). Dabei ist es gleichgültig, ob der Kunde vom Inhalt der AGB tatsächlich Kenntnis genommen hat oder nicht. Das Kennenmüssen des Inhalts der AGB steht insoweit dem Kennen gleich. Der Kunde handelt in diesem Fall, wie auch sonst bei Unterzeichnung einer ungelesenen Vertragsurkunde auf eigene Gefahr. Für eine Anfechtung ist kein Platz, da Wille und Erklärung übereinstimmen 124).

Fall 2: Hat die Bank dem Kunden in der in Fall 1 geschilderten Weise die AGB ausgehändigt, der Kunde aber absichtlich oder unabsichtlich darauf geschwiegen, so muss er die AGB doch gegen sich gelten lassen, wenn er anschliessend 125) Geschäfte mit der Bank tätigt, da die Bank ihm zu erkennen gegeben hatte, dass sie nur auf der Grundlage der AGB kontrahieren würde, daher nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr mit einem Widerspruch des Kunden gegen die Anwendung der AGB im Falle ihrer Nichtanerkennung rechnen durfte. Statt von einer stillschweigenden Willenserklärung wird man hier zutreffender von einer unwiderleglich vermuteten Willenserklärung sprechen 126).

Eine Aufhebung wegen eines Irrtums über die Bedeutung des Schweigens ist nicht möglich 127).

Fall 3: Bestand insoweit in Rechtsprechung und Schrifttum im wesentlichen Übereinstimmung, so gehen die Meinungen weit auseinander, sobald die Frage der Wirksamkeit von AGB aufgeworfen wird, deren Existenz dem Kunden nicht bekannt war. Eine Geltung der AGB kraft Verkehrssitte kann in aller Regel schon deshalb nicht angenommen werden, da zur Bildung einer derartigen Verkehrssitte

122) Dass sich die Banken nicht das Einverständnis des Kunden mit den AGB erklären lassen, hat seinen Grund in den früheren Stempelsteuergesetzen. Die Banken hofften auf diese Weise den Vertrags-, Pfand-, Vollmachts- und Stimmrechtsstempel umgehen zu können, hatten damit jedoch nur teilweise Erfolg (vgl. die Aufführung der Rechtsprechung zu dieser Frage bei Raiser S. 140 Fussnote 2). Zum Stempelsteuerrecht vgl. Neustätter S. 72 ff..

123) Einheitliche Auffassung in Literatur und Rechtsprechung: vgl. Raiser S. 142; Haupt S. 46; Koch S. 22;

124) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 167 II 1; BGHZ 1, 83 (86).

125) Der Zeitraum, der verstrichen sein darf, ist nach den Umständen des konkreten Falles zu beurteilen; vgl. RGBA 9, 141; 24, 456; JW 1918, 236 Nr. 5; 1927, 1467 Nr. 4; Raiser S. 183 f..

126) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 153 III u. IV B 2a.

127) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a. a. O..

die Zustimmung aller Beteiligten erforderlich wäre 128). Diese liegt aber nicht vor, wie schon der Begriff "Unterwerfung unter die AGB" zeigt.

Das RG führte bereits frühzeitig 129) in weitgehender Übereinstimmung mit dem Schrifttum 130) aus, daß in Geschäftszweigen, in denen die Verwendung von AGB typisch sei und die nur unter der Voraussetzung der Anerkennung der AGB Geschäftsabschlüsse tätigen, wie im Transportgewerbe, bei Versicherungen und Banken, der Kunde um das Bestehen der AGB wissen müsse und deshalb in der widerspruchslosen Eingehung der Geschäftsbeziehung die Unterwerfung unter die AGB zu erblicken sei, sofern dem Kunden die Möglichkeit gegeben war, vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen 131). Ein Einschränkung machte das RG allerdings dahingehend, dass dieser Grundsatz nur bei Grossbetrieben Geltung habe, da nur bei diesen der Kunde das Vorhandensein von AGB erwarten müsse 132).

Der BGH hat diese Rechtsprechung fortgeführt 133). So wird vom BGH 134) das Wissenmüssen ausdrücklich als Erscheinungsform der stillschweigenden Willenserklärung bezeichnet, wobei nicht auf den Unterwerfungswillen, sondern nur auf das Wissen oder Wissenmüssen abzustellen sei. In einer weiteren Entscheidung 135) führt der BGH aus:*

"In vorliegendem Fall ist zum mindesten eine stillschweigende Unterwerfung als erfolgt anzunehmen, da der Beklagte als Kaufmann und Schrotthändler wissen musste ...".

Die Rechtsprechung bleibt jedoch den Nachweis schuldig, auf welche Weise verschuldetes Nichtwissen an die Stelle einer positiven Willenserklärung treten kann 136).

In der Rechtswissenschaft wurden zahlreiche Lösungsversuche unternommen. So bildete Manigk 137) den Begriff des fahrlässigen Willenserklärung, Larenz 138)

128) Vgl. Krause in BB 1955, 265 (267); v. Godin in RGRK z. HGB § 346 Anm. 6; Nörr S. 53 ff., insb. S. 59.

129) Vgl. RGZ 103, 84 (86); 109, 299 (304).

130) Vgl. hierzu Haupt S. 48, der auch die Entwicklung der Rechtsprechung darstellt.

131) Der Grundsatz vom Kennenmüssen des Inhalts der AGB wurde insoweit auf das Bestehen der AGB ausgeweitet.

132) Vgl. RGA 28, 185; 28, 204 mit ablehnender Stellungnahme der Schriftleitung des BA; ablehnend ebenfalls Koch S. 24 Fussnote 49 und Raiser S. 207.

133) Vgl. BGHZ 9, 1 (6); 12, 136 (142).

134) BGHZ 9, 1 (6).

135) BGHZ 12, 136 (142).

136) Vgl. Kritik bei Krause in BB 1955 S. 266 f..

137) Manigk S. 108 ff., 250 ff..

138) Methoden der Auslegung S. 70 ff..

arbeitete mit dem Begriff der Zurechnung, Raiser 139) mit dem Gedanken der Zumutbarkeit und der normierenden Verkehrssitte 140).

Krause 141) sieht den Grund für das Wirksamwerden der AGB in der Verletzung der Obliegenheit des Kunden, sich über das Bestehen und den Inhalt der AGB zu informieren. Diese Obliegenheit, die im Range unter der Rechtspflicht einzuordnen sei und auf deren Erfüllung der Unternehmer keinen Anspruch habe, entspringe nicht dem Gesetz, sondern der Kontaktaufnahme mit Partnern des typisierten Massenverkehrs, dem sozialen Kontakt. Im Fall der verschuldeten Obliegenheitsverletzung verbessere sich die Rechtsstellung des Geschäftsgegners, indem die Geltung der AGB eintrete, ohne dass es einer darauf abzielenden Willenserklärung bedürfe.

Krause, der davon ausgeht, dass die AGB Vertragsbestandteil werden, übersieht jedoch, dass damit nicht geklärt ist, wie die AGB Vertragsbestandteil werden. Die Verletzung einer im Rang unter der Rechtspflicht stehenden Obliegenheit vermag sicher nicht die AGB zum Vertragsbestandteil zu machen 142).

Einen weiteren Vorschlag zur Lösung des Problems brachte in neuerer Zeit Meeske 143), der im Wege einer Analogie zum Verschulden bei Vertragsschluss die Geltung der AGB begründen will. Der Kunde sei nämlich bei Abschlüssen mit Partnern des typisierten Massenverkehrs verpflichtet, sich nach dem Bestehen und dem Inhalt der AGB zu erkundigen 144).

Es erscheint im Anschluss an diese doch sehr weitgehende Auffassung Meeske's, analog dem Verschulden bei Vertragsschluss vorzugehen, die Geltung der AGB also aus einem schuldhaften Verhalten des Kunden abzuleiten, der doch in der Regel an der Geltung der AGB gar kein Interesse hat, da sie seine Rechtsstellung durchwegs einschneidend verschlechtern, angebracht, die Frage aufzuwerfen, warum Rechtsprechung und Schrifttum unter allen Umständen die Geltung von dem Kunden unbekannten AGB im Wege konstruierter Lösungen und Fiktionen zu begründen suchen.

Der in diesem Zusammenhang stets strapazierte Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr, der die Pflicht des Kunden, sich seinerseits nach dem Bestehen von AGB zu erkundigen, untermauern soll, scheint eher das Gegenteil

139) S. 162 ff.. Raiser geht dabei entgegen der h.L. von der Gleichsetzung von Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte aus (vgl. S. 82 ff.).

140) Vgl. die zutreffende Kritik an diesen Versuchen bei Krause, a. a. O. S. 266 f..

141) Vgl. Krause a. a. O. S. 267.

142) Vgl. auch Enneccerus-Nipperdey § 153 IV B 2a (S. 951) Fussnote 34.

143) BB 1959, 863.

144) Im Ausgangspunkt also ähnlich wie Krause a. a. O..

zu besagen 145).

Wenn, worüber Einigkeit besteht, die Aufstellung der AGB in aller Regel der einseitigen Verbesserung der Rechtsstellung des Aufstellers dient, dann ist nicht einzusehen, dass der sich "Unterwerfende", dessen Rechtsposition beschnitten wird, nach Treu und Glauben verpflichtet sein soll, sich zu erkundigen, ob und in welchem Umfang dies geschehen solle. Es besteht kein Anlass, den wirtschaftlich Stärkeren, der den Kunden, der mit ihm ins Geschäft kommen will, ohnehin praktisch zwingt, sich den AGB zu beugen, auch noch der letzten Mühe zu entheben, nämlich dem Kunden wenigstens das Bestehen der AGB mitzuteilen, so dass sich dieser darauf einstellen oder doch eventuell vom Abschluss zurücktreten kann.

Dieses Entgegenkommen gegenüber den Aufstellern von AGB entspricht auch in keiner Weise den sonstigen Bestrebungen in Rechtsprechung und Schrifttum, den AGB einschränkend und eindämmend entgegenzutreten 146).

Die von der Rechtsprechung, wohl in Erkenntnis der schwachen Begründung, gemachte Einschränkung 147), dass die Unterwerfung sich in diesen Fällen nur auf billige und üblicherweise zu erwartende Klauseln beziehe, ist rechtskonstruktiv verfehlt, da sie ein dem Vertragsschluss wesensfremdes Merkmal heranzieht.

Mit diesen Ausführungen soll nicht bestritten werden, dass es tatsächlich Geschäftszweige des Massenverkehrs gibt, bei denen eine Einzeleröffnung der AGB schlechterdings unmöglich ist. Man wird in diesen Fällen, z.B. bei Eisenbahn, Post, Strassenbahn und dergl. die Veröffentlichung der AGB als ausreichende Grundlage für ihre Geltung bei Abschluss von Einzelverträgen ansehen müssen.

Man wird hier von einer stillschweigenden Verweisung des Unternehmers auf die AGB, die Verkehrssitte geworden ist, ausgehen können. Der Unternehmer darf bei dieser Sachlage in seiner Inanspruchnahme die Billigung seiner AGB erblicken. Die entsprechende Willenserklärung des Kunden wird hier unwiderleglich vermutet 148).

Soweit dem Unternehmer jedoch eine Einzeleröffnung der AGB ohne weiteres zuzumuten ist, er sich jederzeit Klarheit darüber verschaffen kann, ob der Kunde die AGB kennt und als für sich verbindlich anerkennt, ist es sachlich nicht gerechtfertigt, auf dem Weg über Treu und Glauben dem Unternehmer einen Vertrauensschutz, um den es sich letztlich bei dieser Frage handelt, zu gewähren 149).

Gerade im Bankgewerbe, dessen Verhältnis zum Kunden sich als besonderes

145) So auch Haupt S. 51 ff.; gegen die Unterstellungen auch Bernhardt in DR 1942, 1171 (1172) von seinem Standpunkt aus.

146) So auch v. Brunn S. 83.

147) Vgl. RG BA 33, 12 = LZ 1933 Sp. 432; RGZ 103, 84 (86); RG JW 1936, 2093 Nr. 25; BGHZ 17, 1 (3).

148) Vgl. S. 26.

149) So auch Haupt S. 51 ff..

Vertrauensverhältnis darstellt, ist es, und zwar auch bei den Grossbanken, ohne weiteres möglich, den Kunden die AGB einzeln zu eröffnen. Dies ergibt sich schon daraus, dass dieses Verfahren bei allen Banken die Regel ist. Unterbleibt diese Eröffnung auf Grund einer Nachlässigkeit des Bankpersonals und ist dem Kunden das Bestehen der AGB tatsächlich nicht bekannt gewesen 150), so besteht insoweit kein Schutzbedürfnis für die Bank. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass im Hinblick auf den wegen der Verwendung einheitlicher Bankbedingungen 151) bestehenden praktischen Abschlusszwang, die Anerkennung der AGB zur blossen Formalität herabgesunken ist.

V. AUSLEGUNG UND GRENZEN DER WIRKSAMKEIT VON AGB

Die Auslegung der AGB folgt, da sie rechtsgeschäftlicher Natur sind, den Auslegungsregeln des bürgerlichen Rechts (§§ 133, 157 BGB). Zu berücksichtigen ist jedoch bei der Auslegung, dass die AGB eine generelle Regelung für alle abzuschliessenden Geschäfte treffen sollen. Bei der Auslegung haben daher die "Zufälligkeiten des einzelnen Streitfalls" ausser Betracht zu bleiben 152). Abzustellen ist auf die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise 153).

Nach h. A. sind die AGB eng auszulegen 154). Enthalten sie Unklarheiten, die im Wege der Auslegung nicht beseitigt werden können, so hat die Auslegung zu Ungunsten des Aufstellers zu erfolgen, weil er sich hätte klarer ausdrücken können 155) 156).

Haben die Parteien die AGB ihrer Geschäftsbeziehung auf eine der oben geschilderten Weisen zugrundegelegt, so ist damit noch nicht gesagt, dass die AGB tatsächlich wirksam geworden sind, da sie als Ganzes oder in einzelnen Klauseln der geltenden Rechtsordnung widersprechen können.

150) Hierfür ist die Bank beweispflichtig.

151) Für das private Bankgewerbe herausgegeben vom Bundesverband des privaten Bankgewerbes.

152) Vgl. RGZ 81, 117 (119); 149, 96 (100); 155, 26 (28); 155, 133 (135); JW 1936, 313 Nr. 2; BGHZ 7, 365 (368) m.w.N.; 17, 1 (3); RGRK z. BGB § 157 Anm. 39; Staudinger-Coing § 133 Anm. 43.

153) Vgl. RGZ 170, 233 (241).

154) Vgl. RGZ 103, 414 (415); 142, 353 (355); BGHZ 24, 39 (43, 45).

155) Vgl. RGZ 120, 19 (20) m.w.N.; 145, 21 (26); RG LZ 1927, 1340 (1343); BGHZ 5, 111 (115); 24, 39 (45); BGH NJW 1952, 657; RGRK z. BGB § 157 Anm. 39; Palandt § 157 Anm. 5a; Staudinger-Coing § 133 Anm. 47; v. Godin in RGRK z. HGB § 346 Anm. 17d (S. 65); Raiser S. 264 f..

156) Das RGZ benutzte diesen Weg freilich weitgehend dazu, ändernd in die Verträge einzugreifen; vgl. etwa RGZ 98, 122 ff.. Dagegen bereits Pagenstecher S. 31 ff..

Lange Zeit bekämpfte das RG grob unbillige oder sittenwidrige AGB lediglich unter dem Gesichtspunkt des Monopolmissbrauchs nach § 138 BGB 157). Hierbei war jedoch Voraussetzung der Anwendung des § 138 BGB, dass die AGB dem Kunden unter Ausnützung einer Monopolstellung aufgezwungen worden waren 158). Damit ergab sich jedoch einmal die Schwierigkeit, den Monopolbegriff in diesem Sinn festzulegen, zum anderen musste gegenüber den AGB desselben Unternehmers in jedem Einzelfall die Sittenwidrigkeit davon abhängig gemacht werden, ob der Kunde unter wirtschaftlichem Druck stand oder nicht 159).

Da in den wenigsten Fällen der Aufstellung sittenwidriger AGB auf Seiten des Aufstellers ein Monopol im Rechtssinn vorlag, stellte das RG auf das Vorliegen eines tatsächlichen Monopols ab. Es sah ein solches als gegeben an, wenn sich Gruppen von Unternehmern bilden, auf deren Inanspruchnahme ein bestimmter Kreis der Geschäftswelt angewiesen ist, weil die Angehörigen dieser Gruppe allein die Gewähr für eine entsprechende Ausführung bieten. Bei einer derartigen Sachlage sei für den Kunden eine Zwangslage gegeben 160). Diese wurde auch bejaht, wenn sich nur der weitaus grösste Teil der Unternehmer zusammenschlossen hatte 161).

Eine gewisse Ausnützung ihrer Machtstellung wurde der Unternehmergruppe jedoch zugestanden 162).

Dieser Ausgangspunkt des RG war insofern zu eng, als auch die Verwendung tatsächlich gleicher AGB, ohne dass dem ein Zusammenschluss der Unternehmer zugrundelag, die gleiche Zwangslage für den Kunden begründet, so dass ohne eine Ausweitung des Monopolbegriffs auf diesen Tatbestand die Fussangel der Ausnützung einer Monopolstellung leicht zu umgehen wäre 163).

Ausgehend von dem so umrissenen Monopolbegriff ist die Monopolstellung der Privatbanken zu bejahen. Insbesondere vermag das Argument, dass die Dienste der Privatbanken durch andere Institute der Geldwirtschaft, etwa die Sparkassen, ersetzt werden könnten 164), nicht durchzuschlagen.

In der weiteren Entwicklung ging das RG einen Schritt weiter und beurteilte die Geltendmachung von Freizeichnungsklauseln unter dem Gesichtspunkt des

157) Vgl. die Zusammenstellung der Rechtsprechung in RGZ 143, 24 (28) und bei Michel S. 46 ff..

158) Klar formuliert in RGZ 62, 264 (266).

159) Vgl. über diese Schwierigkeiten Sebba S. 6 ff..

160) Vgl. RGZ 99, 107 (108 f.); 113, 427 (430); 115, 218 (219); 143, 24 (28); RG SeuffA. 81, 33.

161) Vgl. RGZ 115, 218 (219).

162) Vgl. RG JW 1931, 2719 Nr. 19 (2720).

163) So denn auch OLG Karlsruhe in DJ 1936, 1658.

164) So etwa Trost-Schütz S. 2 und Koch S. 6; derselbe a. A. in DR 1944, 166(167).

§ 242 BGB 165). Der BGH hat diese Rechtsprechung übernommen, darüber hinaus jedoch ausgeführt 166), dass auch der Inhalt der AGB nach Massgabe des § 242 BGB zu prüfen sei 167).

Demgegenüber führt bereits Raiser 168) aus, dass § 242 BGB nichts über die Schranken der Ausgestaltung der AGB besage, sondern von der Erfüllung eines innerhalb dieser Schranken wirksam entstandenen Gläubiger-Schuldnerverhältnisses ausgeht 169). Er stelle also auf die individuellen Interessen der Vertragspartner ab 170), während für die staatliche Anerkennung eines Vertrags die Interessen der Gesamtheit 171) massgebend seien.

Raiser 172) geht daher nicht von den §§ 138, 242 BGB aus, sondern davon, dass dem Recht als Gemeinschaftsordnung gewisse Schranken immanent 173) seien, die auch die Grenze der Vertragsfreiheit bestimmten.

Diese Auffassung Raiser's, dass sich die Schranken der AGB aus dem Wesen der Privatautonomie selbst ergäben, hat weitgehend Zustimmung gefunden 174).

Besteht das Wesen der Privatautonomie darin, dass die Rechtsordnung grundsätzlich Verträge als rechtsverbindlich anerkennt, die von den Parteien als Gleichberechtigten frei abgeschlossen wurden, und den einzelnen dadurch die Möglichkeit geben, auf dem Gebiet des Privatrechts durch Übereinkunft rechtsschöpfe-

165) Vgl. RGZ 168, 321 (329); RG DR 1941, 1726 (1727).

166) BGHZ 22, 90 (97); NJW 1957, 1760.

167) Der BGHZ schloss sich damit der im Schrifttum u. a. von Michel S. 60 ff. und Rosenthal in JW 1927, 656 vertretenen Auffassung an, während die in BGHZ 22, 90 (97) zitierten Verfasser, insb. Raiser und Nipperdey gerade nicht auf § 242 BGB aufbauen.

168) S. 281 ff..

169) Vgl. Hueck, Treuegedanke, S. 10; Larenz S. 88.

170) Selbstverständlich kann im Einzelfall auch die Geltendmachung einer wirklichen Klausel gegen § 242 BGB verstossen; vgl. etwa BGH BB 1955, 142 f..

171) Insoweit ist Raiser entgegenzuhalten, dass die Interessen der Allgemeinheit kein Kriterium für die Gerechtigkeitsgewähr sein können. Richtiger erscheint es daher, von einer objektiven Betrachtungsweise auszugehen. So auch v. Godin RGRK z. HGB § 346 Anm. 17d (S. 64) u. ähnl. Schlegelberger-Hildebrandt § 346 Anm. 31.

172) S. 282 unter Hinweis auf v. Thur S. 177 ff., insb. 183 ff..

173) Vgl. zum Begriff der immanenten Schranken auch Westermann § 28 II 2a; über den Begriff der immanenten Schranken auch schon Wolff, Sachenrecht (1923), § 51 I u. V 3.

174) Vgl. Larenz S. 37 und S. 80 Fussnote 3; Laufke S. 163 Anm. 74; Lukes S. 479; Enneccerus-Nipperdey § 163 V u. VI 4; Nipperdey in DRZ 1950, 193 (197); freilich bestehen in den Begründungen und Abgrenzungskriterien gewisse Unterschiede.

risch tätig zu werden 175), so folgt daraus auch, dass die Anerkennung des Vertrags durch die Rechtsordnung dann von einer richterlichen Nachprüfung des Gerechtigkeitsgehalts abhängig ist, wenn sich die Parteien in ungleichen Ausgangsstellungen gegenüberstanden, damit aber die im freien Aushandeln des Vertrags liegende Richtigkeitsgewähr nicht gegeben war und die unterlegene Partei nachträglich den Vertrag aus diesem Grund beanstandet 176).

Der in neuerer Zeit von Krause 177) unternommene interessante Versuch, aus dem Sozialstaatsprinzip, wie es in den Art. 20, 28 GG zum Ausdruck kommt, eine Beschränkung der Vertragsfreiheit abzuleiten, bringt jedenfalls eine Abrundung der Problematik um die Schranken der AGB. Im Hinblick auf die umstrittene Bedeutung des in den Art. 20, 28 GG deklarierten Sozialstaatsprinzips 178), sowie die ebenfalls bestrittene Anwendung staatsrechtlicher Begriffe im Bereich des Privatrechts, erscheint eine unmittelbare Ableitung der Schranken der Vertragsfreiheit aus diesem Prinzip als zumindest fraglich.

Herangezogen werden kann es dagegen, wie dies etwa das BAG getan hat 179), als Auslegungsregel, wenngleich festgestellt werden muss, dass die damit zu erzielenden Ergebnisse sich auch ohne Heranziehung des Sozialstaatsgedankens aus dem Wesen der Privatautonomie gewinnen lassen.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die vertretenen Auffassungen zwar dogmatisch verschiedene Wege gehen, im praktischen Ergebnis jedoch, einschliesslich der Auffassung des BGH, zum selben Ziel kommen, so dass im Rahmen dieser Arbeit sich ein weiteres Eingehen auf diese Probleme erübrigt 180).

VI. FOLGEN DER NICHTIGKEIT EINZELNER KLAUSELN DER AGB

Regelmässig werden lediglich einzelne Klauseln der AGB gegen die oben dargelegten Grundsätze verstossen und daher nichtig sein. Dies gilt jedenfalls für die AGB der Privatbanken 181).

175) Vgl. Larenz S. 37.

176) Vgl. v. Godin in RGRK z. HGB § 346 Anm. 17 d (S. 63 f.).

177) BB 1955, 265.

178) Vgl. die Diskussion über Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats anlässlich der Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer am 15./16. Oktober 1953 in Heft 12 der Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrer mit zwei Referaten von Forsthoff und Bachof und Diskussionsbeiträgen von Apelt, Böhmert, Abendroth, Bühler, Ipsen, Pfeifer, v. Heydte, Jellinek, Krüger, Merk, Naumann, Nipperdey, Bachof und Schüler.

179) Vgl. Müller in Der Betrieb 1956, S. 525.

180) Eingehend zum Problem der Grenzen der AGB Lukes S. 459 ff. .

181) Die von Nörr S. 112 vertretene Auffassung, dass die AGB der Banken in ihrer Gesamtheit nichtig seien, entbehrt jeder Begründung.

Die Nichtigkeit einzelner Klauseln der AGB ergreift grundsätzlich nicht die Gesamtheit der AGB 182) und lässt in der Regel auch den Vertrag, dessen Bestandteil die AGB geworden sind, unberührt. Dies entspricht der Billigkeit und auch den vermutlichen Interessen der Parteien, die in der Regel den Wegfall des wirtschaftlichen Erfolgs des getätigten Rechtsgeschäfts nicht wollen. Gerade beim Effektengeschäft tritt dieser Gesichtspunkt besonders in den Vordergrund, da der Kunde nicht des Anspruchs auf die möglicherweise im Wert gestiegenen Wertpapiere verlustig gehen will, wenn er die Nichtigkeit einer Klausel der AGB geltend macht, andererseits der Bankier nicht in Gefahr laufen will, dass sich der Kunde bei ungünstiger Kursentwicklung auf diesem Wege seinen Verpflichtungen entzieht.

Diese Auffassung wird denn auch in Rechtsprechung 183) und Schrifttum 184), wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen, praktisch einhellig vertreten.

Ebenso besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, dass an die Stelle nichtiger Klauseln der AGB das dispositive Recht tritt.

VII. NICHTIGE KLAUSELN DER AGB DER BANKEN

Da die Nichtigkeit einzelner Klauseln der AGB also die Gesamtheit der AGB unberührt lässt, erschien es angebracht, diejenigen Klauseln der AGB der Privatbanken, die für den Gegenstand dieser Arbeit unmittelbar bedeutsam sind, jeweils im Zusammenhang mit der Darstellung der Vorgänge im Effektengeschäft zu untersuchen, die zu regeln sie bestimmt sind.

182) A. A. Pagenstecher S. 19 ff.; Lukes S. 483 ff..

183) Vgl. RG LZ 1924, Sp. 466; RGZ 131, 213 (222); BGHZ 22, 90 (92 f.) m. w. N..

184) Vgl. Raiser S. 319 ff.; Staudinger-Coing § 139 Anm. 13; RGRK z. BGB § 139 Anm. 9, 15; Soergel-Siebert-Hefermehl § 139 Anm. 29; Schlegelberger-Hildebrandt § 346 Anm. 31; v. Godin in RGRK z. HGB § 346 Anm. 17d (S. 64); Fischer in BB 1957, 481 (484); Bernhardt in DR 1942, 1171 (1174); Hildebrandt in ACP 143, 326 (344); u. a. .
A. A. Sebba S. 12 ff.; Pagenstecher S. 19 ff.; ders. in DR 1943, 976 f.; Lukes S. 483 ff. .

II. ABSCHNITT

Das Effektenkommissionsgeschäft

§ 5 GESCHICHTE DES EFFEKTENKOMMISSIONSGESCHÄFTS

Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts lag der Schwerpunkt des Kommissionsgeschäfts im Warenhandel. Seine wirtschaftliche Bedeutung lag in der Ermöglichung und Erleichterung der Handelsbeziehungen zwischen räumlich getrennten Handelspartnern 185).

Eine völlige Verschiebung dieses Schwerpunktes des Kommissionsgeschäfts trat mit Beginn der Industrialisierung ein. Die mit der Errichtung der Eisenbahnen verbundenen Verkehrserleichterungen, die Erfindung von Telegraph und Telephon, machten die Zwischenschaltung des Kommissionärs zur Überbrückung der räumlichen Trennung immer entbehrlicher.

Der steigende Geldbedarf des Staats 186) und vor allem der sich jetzt entwickelnden industriellen Grossbetriebe konnte, wie dies zuerst bei der Errichtung der Eisenbahnen geschehen war, nur auf dem Weg der Emmission von Effekten aufgebracht werden.

Dieses neue Anlage- und Spekulationsobjekt "Effekte" fand bald ein lebhaftes Interesse beim Publikum. Da dieses jedoch regelmässig keinen Zutritt zur Börse hatte, oder wo dies ausnahmsweise der Fall war, wie z.B. in Hamburg, infolge mangelnder Sachkenntnis und mangels Kredits bei den Börsenhändlern ebenfalls nicht am Börsenhandel teilnehmen konnte, bediente es sich der Bankiers als Mittelspersonen, um am Markt für Effekten, der Effektenbörse, tätig werden zu können.

Hier fand nun das Kommissionsgeschäft sein neues und heute praktisch wichtigstes Anwendungsgebiet.

Der Kunde beauftragte den Bankier, wie dies bereits im Handel mit Staatspapieren üblich gewesen war, bestimmte Effekten für ihn zu kaufen oder zu verkaufen. Da allein der Bankier gegenüber den Börsenhändlern kreditwürdig war, war die logische Folge, dass der Bankier im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung abschloss, d.h. als Kommissionär tätig wurde.

Da der Kunde regelmässig kein Interesse hatte, mit dem Börsenhändler in unmittelbaren Kontakt zu treten, der Börsenhändler nichts mit dem ihm unbekann-

185) Bender, Handlungs-Recht, S. 206, betrachtete das Moment der Entfernung als Element der Begriffsbestimmung des Kommissionshandels.

186) Etwa seit den 20er Jahren wurden an den Börsen in grösserem Umfang Staatsanleihen gehandelt. Aus dieser Zeit stammen auch die ersten umfassenderen Arbeiten über dieses Rechtsgebiet von Bender und Thöl.

ten Kunden zu tun haben wollte, nahm dieses Geschäft alsbald eine vom Warenkommissionsgeschäft abweichende typische Form an.

Der Bankier teilte dem Kunden den Namen des Dritten nicht mehr mit und übernahm als Interessenausgleich regelmässig das Delkredere 187), sofern dies nicht handelsüblich war.

Da der Bankier in diesen Fällen wie ein Käufer oder Verkäufer haftete, wollte er auch deren Rechte erlangen. Diese Möglichkeit wurde ihm durch Art. 376 AHGB eröffnet, der dem Kommissionär in Abs. 1 das Recht des sog. Selbsteintritts zugestand, sofern Gegenstand der Kommission markt- oder börsengängige Waren waren. Dieses Recht wurde von den Bankiers regelmässig ausgeübt, vor allem auch deshalb, weil sich daran eine wesentliche Erleichterung der Rechenschaftspflicht knüpfte.

Zu dem gleichen Ergebnis führte die Bestimmung des Art. 376 (3) AHGB, die die kaufmännische Auffassung bestätigte, dass auch durch eine namenlose Ausführungsanzeige der Kommissionär das Delkredere eingehe und der Kommittent nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sei, in diesem Fall den Kommissionär als Gegenkontrahenten anzuerkennen 188).

Dabei darf nicht übersehen werden, dass sich dieser Selbsteintritt des Effektenkommissionärs wirtschaftlich ganz anders darstellt, als der bisher im Warenkommissionsgeschäft übliche, auf den die Vorschriften des AHGB allein zugeschnitten waren 189).

Während im Warenkommissionsgeschäft der Selbsteintritt den wirtschaftlichen Sinn hatte, dem Kommissionär die Möglichkeit zu geben, Waren aus seinem vorhandenen Lager zu liefern bzw. auf Lager zu nehmen, ist dies im Effektenkommissionsgeschäft der Ausnahmefall. Wirtschaftlich spielt sich hier auch beim Selbsteintritt des Bankiers regelmässig derselbe Vorgang wie bei gewöhnlicher Kommissionsausführung ab. Dies zeigt sich insbesondere bei der Einkaufskommission. Hier erwirbt der Kommissionär die anzuschaffenden Effekten in der Mehrzahl aller Fälle an der Börse oder sonst bei einem Dritten, wobei er jedoch auf eigene Rechnung handelt.

Eine Änderung der durch Art. 376 AHGB geschaffenen Rechtslage brachte erst das Börsengesetz vom 22.6.1896 in den §§ 71-74, die in das neue HGB fast unverändert als §§ 400-403, 405 übernommen wurden.

Die Ausführung der Effektenkommission durch Selbsteintritt, die, wie ausgeführt, bereits mit den Anfängen des Effektenkommissionsgeschäfts auftrat und in den 40er Jahren des 19. Jahrhunderts schon die Regel war 190), ist von den 187) So schon Bender S. 51 f. . Zum Begriff des Delkredere vgl. Müller-Erbach S. 171. 188) Vgl. hierzu Breit, Selbsteintritt, S. 133; Schmidt-Rimpler S. 555 f. und 982 f. .

189) Vgl. Breit, Selbsteintritt, S. 120 ff.; Schmidt-Rimpler S. 556.

190) Vgl. Gutachten der Handelskammer Frankfurt am Main v. 10.9.1846 bei Malls. Zit. bei Breit in LZ 1907, Sp. 811.

Banken beibehalten worden.

Ziff. 29 (1) der geltenden Fassung der AGB der Privatbanken 191) bestimmt, dass die Banken alle Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren, die an der Börse des Ausführungsplatzes zum amtlichen Handel zugelassen sind, als Kommissionär durch Selbsteintritt ausführen, ohne dass es einer ausdrücklichen Anzeige nach § 405 HGB bedarf. Soweit die Banken daher überhaupt als Kommissionär tätig werden, führen sie die Kommission im Wege des Selbsteintritts aus.

Die seltenen Ausnahmefälle, in denen eine Effektenkommission durch Drittabschluss ausgeführt wird, bieten keine rechtlichen Besonderheiten und können daher im Rahmen dieser Arbeit ausser Betracht bleiben.

§ 6 DIE SELBSTEINTRITTSKOMMISSION

I. POSITIVE VORAUSSETZUNGEN DES SELBSTEINTRITTSRECHTS

Nach § 400 (1) HGB ist das gesetzliche Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs bei Wertpapieren daran geknüpft, dass für diese ein Börsenpreis 192) amtlich festgestellt wird 193). Diese Preisfestsetzung, die nach § 29 BörsG an Börsen mit Maklerkammern den Kursmaklern unter Aufsicht der Maklerkammer, sonst dem Börsenvorstand obliegt, muss der wirklichen Geschäftslage des Verkehrs an der Börse entsprechen (§ 29 (3) BörsG). Geld- oder Briefnotierungen sind keine amtlich festgestellten Preise i. S. d. § 400 (1) HGB, da sie nur Angebot und Nachfrage angeben, jedoch nichts über einen tatsächlichen Umsatz aussagen 194). Die amtliche Preisfestsetzung setzt stets den Abschluss einer Mehrheit von Börsengeschäften voraus 195).

191) Herausgegeben vom Bundesverband des privaten Bankgewerbes.

192) Ein amtlich festgestellter Marktpreis i. S. d. § 400 (1) HGB existiert neben dem amtlich festgestellten Börsenpreis nicht, da die Börse der Markt für Wertpapiere ist.

193) Das Selbsteintrittsrecht ist nur bei Wertpapieren i. S. d. § 383 HGB und des BörsG gegeben, da nur für diese eine amtliche Preisfeststellung erfolgen darf. (Vgl. S. 15 f.).

194) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 10; Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 4; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 3; Ritter § 400 Anm. 2; Schmidt-Rimpler S. 992; Baumbach-Duden §§ 400-405 Bem. 1 A; Nussbaum Hdb. S. 552 und 611; ders. in JW 1914, 15 (18 f.) unter Aufgabe seiner früheren Ansicht.

195) Vgl. W-M 55, 902 über die Vereinheitlichung von Kursnotierungen an den deutschen Wertpapierbörsen.

Voraussetzung des Selbsteintrittsrechts ist weiter, dass die amtliche Preisfeststellung an der Börse erfolgt, an der der Kommissionär nach dem Inhalt des Kommissionsvertrags oder nach den Weisungen des Kommittenten die Kommission auszuführen hat 196). Soweit keine besonderen Abreden über den Ausführungsplatz getroffen worden sind, behalten sich die Banken, falls die Wertpapiere an mehreren Börsen zum amtlichen Handel zugelassen sind, die freie Wahl des Ausführungsplatzes vor (Ziff. 30 (1) AGB 197) 198).

Die Wahl des Ausführungsplatzes hat der Kommissionär in Gemässheit der ihm auch als selbsteintretender Kommissionär obliegenden Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht vorzunehmen 199). Verletzt er diese Pflicht, so braucht der Kunde, analog § 385 HGB, den Selbsteintritt nicht gegen sich gelten lassen 200).

Der amtlich festgestellte Börsenpreis muss weiter zu dem für die Ausführung der Kommission massgebenden Zeitpunkt für die betreffenden Wertpapiere 201) bestehen 202). Das wäre nach § 400 (2) S. 2 HGB der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung der Kommission zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat 203). Da die Abgabe zur Absendung regel-

196) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 4a; Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 12; Baumbach-Duden §§ 400-405 Bem. 1 A; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 9.

197) Der Begriff des Ausführungsplatzes ist hier nicht im juristisch-technischen Sinn zu verstehen, da Ausführungsgeschäfte weder bei der Selbsteintrittskommission, noch beim Eigenhandel - auf den sich Ziff. 30 (1) AGB ebenfalls bezieht - getätigt werden; die bei diesen Geschäftsformen vom Kommissionär getätigten Drittabschlüsse werden als Deckungsgeschäft bezeichnet.

198) Massgebend sind stets die Usancen des Ausführungsplatzes (Ziff. 30 (2) AGB) und der dort notierte Preis ist grundsätzlich dem Kommittenten zu berechnen.

199) Vgl. Weisbarth in Holdh., 14, 137 f.; RG BA 26, 304 mit kritischer Anmerkung der Schriftleitung.

200) Vgl. Schmidt-Rimpler S. 995.

201) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 14; Schmidt-Rimpler S. 992; Ritter § 400 Anm. 2; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 6. Sind junge Aktien Gegenstand der Kommission, so ist eine Kursfeststellung für alte Aktien nicht ausreichend; vgl. RG JW 1903, 374.

202) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 4b; Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 13; Baumbach Duden §§ 400-405 Bem. 1 A; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 11, 12; Ritter a. a. O.; wohl auch Schmidt-Rimpler S. 994, 996, entgegen der Zitierung bei den angegebenen Verfassern.

203) Hat der Kommittent die Ausführung zu einem bestimmten Kurs, z. B. zum ersten Kurs, aufgetragen, so liegt hierin regelmässig eine Zeitbestimmung (vgl. Ratz in RGRK z. HGB §§ 384 Anm. 7, 401 Anm. 4). In diesen Fällen ist auf das Vorhandensein eines amtlich festgestellten Börsenpreises zu diesem Zeitpunkt abzustellen.

mässig erst nach Börsenschluss erfolgt, zu diesem Zeitpunkt ein Börsenpreis aber nicht mehr besteht 204), wäre streng genommen zu diesem Zeitpunkt ein Selbsteintritt nicht zulässig. Aus § 400 (3) HGB folgt jedoch, dass in diesem Fall die Ausführung als effektiv während der Börsenzeit erfolgt angesehen wird 205).

An Tagen, an denen eine amtliche Preisfeststellung nicht erfolgt, besteht kein gesetzliches Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs 206). Ein Selbsteintritt der Bank wäre daher nur auf Grund eines vereinbarten Selbsteintrittsrechts möglich. Eine derartige Vereinbarung kann in Ziff. 29 (1) AGB, die die Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt nur für solche Wertpapiere vorsieht, die zum amtlichen Handel zugelassen sind, für die daher eine amtliche Preisfeststellung erfolgt, nicht erblickt werden. Ziff. 29 (1) AGB geht offensichtlich vom gesetzlichen Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs aus und stellt lediglich eine vorweggenommene Erläuterung der Ausführungsanzeige 207) dar, deren Fassung unbeachtlich sein soll (Ziff. 29 (4) AGB).

II. NEGATIVE VORAUSSETZUNGEN DES SELBSTEINTRITTSRECHTS

Dem Kommissionär steht das gesetzliche Selbsteintrittsrecht nur zu, sofern der Kommittent nichts anderes bestimmt hat (§ 400 (1) HGB). Erklärt der Kommittent der Bank bei Auftragserteilung entgegen der Bestimmung der Ziff. 29 (1) AGB, dass das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs ausgeschlossen sein soll, so stellt sich dies zugleich als Offerte auf Abänderung der nach dem Bankvertrag zugrundezulegenden Ziff. 29 (1) AGB dar 208). Will die Bank das Geschäft in dieser Form nicht eingehen, wozu sie berechtigt ist, da sie sich zur Erledigung von Geschäften nur auf der Grundlage der Geltung ihrer AGB verpflichtet hat, so muss sie das angetragene Geschäft ablehnen. Sie kann daher nicht unter Hinweis auf Ziff. 29 (1) AGB wirksam den Selbsteintritt erklären.

Nach Erteilung des Kommissionsauftrags ist im Effektenkommissionsgeschäft eine Untersagung des Selbsteintritts durch den Kommittenten nicht mehr möglich,

204) Vgl. Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 12; Schmidt-Rimpler S. 1041 Fussnote 7.

205) Vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O.; Breit S. 184.

206) Vgl. RGZ 34, 117 (122 f.); Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 58; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 56; Ritter § 400 Anm. 9; Schmidt-Rimpler S. 1040; Nussbaum Hdb. S. 611.

207) Vgl. Schmidt-Rimpler S. 1002 Fussnote 50, 1011, 1057 Fussnote 23; Breit S. 202.

208) Kein Verbot des Selbsteintritts ist in der Limitierung des Auftrags oder seiner "bestens-" Erteilung zu erblicken; vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 59; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 18; Baumbach-Duden §§ 400-405 Bem. 1 C; Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 6.

da die Bestimmung der Ziff. 29 (1) AGB Bestandteil des Kommissionsvertrags geworden ist und damit einer einseitigen Änderung nicht mehr zugänglich ist 209). Unberührt davon bleibt das Recht des Kommittenten, den Kommissionsauftrag jederzeit zu widerrufen 210), sofern die Ausführungsanzeige noch nicht zur Absendung abgegeben worden ist 211).

Eine Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt ist weiter dann nicht möglich, wenn eine Aktienbank beauftragt wird, eigene, nicht voll eingezahlte Aktien anzuschaffen und sie diesen Auftrag nicht aus eigenen Beständen erfüllen kann, d. h. ein Deckungsgeschäft abschliessen müsste, bzw. beauftragt wird, eigene Aktien, gleich ob voll eingezahlt oder nicht, zu verkaufen (§§ 65 (1) S. 3, 219 AktG) 212). Ein Selbsteintritt käme hier nur unter den Voraussetzungen des § 65 (1) S. 1 u. 2 AktG in Frage 213).

III. AUSÜBUNG DES SELBSTEINTRITTSRECHTS

Die Ausübung des Selbsteintrittsrechts erfolgt nach § 405 (1) HGB durch ausdrückliche 214), empfangsbedürftige Willenserklärung 215). Eine Ausführungsanzeige ohne diese ausdrückliche Erklärung würde nach § 405 (1) HGB als Erklärung gelten, dass der Kommissionär die Kommission durch Abschluss eines Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten, also regulär, ausgeführt habe.

Ziff. 29 (4) AGB bestimmt jedoch, dass die Fassung der Ausführungsanzeige in jedem Fall bedeutungslos ist 216), d. h., dass bei Ausführungsanzeigen über Geschäfte in zum amtlichen Handel zugelassenen Wertpapieren, die gem. Ziff. 29 (1) AGB stets durch Selbsteintritt ausgeführt werden, die Ausführungsanzeige

209) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 16; Schmidt-Rimpler S. 998.

210) Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob der Kommissionsvertrag als Werkvertrag oder Dienstvertrag angesehen wird. Vgl. Darstellung des Streitstands bei Schlegelberger-Hefermehl § 383 Anm. 23.

211) Vgl. unten S. 51 ff..

212) Vgl. Fischer in Grosskomm. z. AktG § 65 Anm. 13; Baumbach-Hueck § 65 Bem. 3 C.

213) Vgl. Fischer a. a. O.; v. Godin-Wilhelmi § 65 Anm. 5. Möglich wäre ein Selbsteintritt auch auf dem Weg über § 65 (2) AktG.

214) Der Selbsteintritt muss unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden; vgl. Schmidt-Rimpler S. 1004.

215) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 405 Anm. 2; Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 15; RGZ 102, 15 (16).

216) Die Zulässigkeit dieser Klausel ist unbestritten; vgl. Ratz in RGRK z. HGB § 405 Anm. 6; Baumbach-Duden §§ 400-405 Bem. 3A; Begründung zum BörsG S. 57.

in jedem Fall als Selbsteintrittserklärung aufzufassen ist 217). Ausführungsanzeige und Selbsteintrittserklärung fallen daher im Effektenkommissionsgeschäft stets zusammen.

Eine grundsätzlich andere Auffassung wurde vom OGH vertreten 218).

Nach Auffassung des OGH sei der Selbsteintritt bereits in der Vornahme des Deckungsgeschäfts oder der entsprechenden Buchung im Falle der Kompensation oder des Inschlaggeschäfts 219) zu erblicken, da infolge der Bestimmung der Ziff. 29 (1) AGB keine andere Ausführungsart als der Selbsteintritt in Frage komme. Der Ausführungsanzeige komme lediglich der Wert einer Benachrichtigung ohne rechtsgeschäftlichen Charakter zu.

Diese Auffassung des OGH ist abzulehnen.

Erblickt man, wie dies der OGH offenbar tut, in dem durch die Erklärung des Selbsteintritts zustandekommenden Rechtsverhältnis einen echten Kaufvertrag 220), so ist die Selbsteintrittserklärung als Annahme der im Kommissionsauftrag enthaltenen Kauf- oder Verkaufsofferte empfangsbedürftige Willenserklärung. Von der Empfangsbedürftigkeit könnte nur dann abgesehen werden, wenn der Bank vom Kunden eine Vollmacht zum Selbstkontrahieren nach § 181 BGB erteilt worden wäre oder der Kunde darauf verzichtet hätte, dass die Annahme der Offerte ihm gegenüber erklärt wird, bzw. dies nach der Verkehrssitte nicht erwarten konnte (§ 151 S. 1 BGB).

Eine Vollmacht des Kunden, bei der Erklärung des Selbsteintritts nach § 181 BGB zu verfahren, lässt sich aus den Bestimmungen der AGB, die, wie oben ausgeführt, eng und im Zweifel gegen den Aufsteller auszulegen sind, nicht ableiten. Desgleichen kann eine derartige Vollmacht nicht aus dem Kommissionsvertrag als solchem gefolgert werden.

Da weiterhin seit der Entstehung des Effektenkommissionsgeschäfts die

217) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB § 405 Anm. 6; Schlegelberger-Hefermehl § 405 Anm. 3; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 26; RGZ 96, 4 (7); OLG Breslau in BA 25, 322; RG JW 1926, 1961 Nr. 3; Seuff. A 83, 90. A.A. Haupt S. 127 f.; ähnl. Schmidt-Rimpler S. 1004.

218) Vgl. OGHZ 2, 81 (86 ff.); 4, 209 (213 f.); 3, 10 (13); ähnl. OLG Kassel NJW 1949, 587. Zustimmung Opitz SB XLI (S. 657); Baumbach-Duden 13. Aufl. Anh. III zu § 406 Anm. zu Ziff. 29 AGB.

219) Vgl. hierzu die Ausführungen über diese Geschäftsformen auf S. 49 f..

220) Anders die h. A.. Sieht man mit der h. A. in der Erklärung des Selbsteintritts nur eine Art der Ausführung der Kommission, durch die die Kommission kaufrechtliche Züge annimmt, so entfällt damit das Argument, dass die Empfangsbedürftigkeit im Hinblick auf die §§ 151, 181 BGB nicht erforderlich sei, da dann von der Annahme einer im Kommissionsauftrag enthaltenen Offerte nicht die Rede sein kann. Vgl. auch RGZ 1, 286 (289); 4, 92 (94).

förmliche Mitteilung der Ausübung des Selbsteintrittsrechts üblich war, woran auch Ziff. 29 (1) AGB nichts geändert hat, da er lediglich die Vermutung nach § 405 (1) HGB umkehrte, kann nicht davon gesprochen werden, dass eine dahin gehende Verkehrssitte bestehe, dass die Erklärung des Selbsteintritts nicht gegenüber dem Kommittenten zu erfolgen habe.

Allenfalls in Betracht zu ziehen wäre eine Verzichtserklärung des Kommittenten im Kommissionsvertrag, dessen Bestandteil Ziff. 29 (1) AGB geworden ist, die eine ausdrückliche Selbsteintrittserklärung nach § 405 (1) HGB für nicht erforderlich erklärt.

Eine Auslegung der Ziff. 29 (1) AGB ergibt jedoch eher das Gegenteil. Zwar schließt Ziff. 29 (1) AGB die Ausdrücklichkeit der Selbsteintrittserklärung in der Ausführungsanzeige aus, nicht jedoch die Erforderlichkeit dieser selbst, wie Ziff. 29 (4) AGB ergibt. Da auch die tatsächliche Übung der Banken gegen eine derartige Auslegung spricht, kann aus Ziff. 29 (1) AGB nicht eindeutig auf eine Verzichtserklärung des Kommittenten geschlossen werden. Nach dem für die Auslegung von AGB geltenden Grundsatz, in dubio contra stipulatorem 221), wäre die Ziff. 29 (1) der AGB der Privatbanken, selbst wenn dies von den Banken anders gewollt wäre, in dem für den Kunden günstigeren Sinn auszulegen, da Ziff. 29 (1) AGB jedenfalls unklar gefasst wäre. Die für den Kunden günstigere Auslegung kann nur die sein, dass die Erklärung des Selbsteintritts durch empfangsbedürftige Willenserklärung zu erfolgen hat.

Gegen die Auffassung des OGH spricht auch der Umstand, dass die Widerrufsregelung des § 405 (3) HGB durch die AGB nicht abgedungen worden ist. Ziff. 29 (1) AGB bezieht sich eindeutig nur auf § 405 (1) HGB, während Ziff. 31 AGB die Widerrufsregelung des § 405 (3) HGB unberührt lässt, der Widerruf also bis zur Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung möglich sein soll. Nach der Auffassung des OGHZ wäre dagegen, ausgehend von Ziff. 31 AGB, ein wirksamer Widerruf noch nach Vollzug des Selbsteintritts möglich, während § 405 (3) HGB, aufbauend auf der Erklärung des Selbsteintritts durch empfangsbedürftige Willenserklärung, die Widerrufsmöglichkeit bereits vor Wirksamwerden des Selbsteintritts durch Zugang beim Kommittenten ausschließt.

Da weiter kraft gesetzlicher Fiktion für die Rechenschaftspflicht der massgebende Zeitpunkt der Zeitpunkt der Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung ist (§§ 400 (2), 402 HGB), erscheint es nicht angängig, der Ausführungsanzeige lediglich die Bedeutung einer Benachrichtigung ohne rechtsgeschäftlichen Charakter beizumessen 222).

221) Vgl. S. 30.

222) Vgl. die Kritik an der Rechtsprechung des OGHZ bei Modest in NJW 1950, 52 ff.; ablehnend auch Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 5 und Schlegelberger-Hefermehl § 405 Anm. 14.

IV. WIRKSAMWERDEN DES SELBSTEINTRITTS

Der Selbsteintritt wird wirksam mit dem Zugang der Ausführungsanzeige beim Kommittenten, da dieser im Effektenkommissionsgeschäft stets die Bedeutung der Selbsteintrittserklärung zukommt 223). Dabei tritt in gewisser Hinsicht eine Rückwirkung ein 224). Nach § 400 (2) HGB gilt hinsichtlich der Preisberechnung nämlich nicht der Zeitpunkt des Zugangs der Ausführungsanzeige beim Kommittenten als Zeitpunkt der Ausführung der Kommission, sondern der Zeitpunkt der Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung. Auf diesen Zeitpunkt stellt auch § 405 (3) HGB hinsichtlich der Widerrufsmöglichkeit ab.

Als Zeitpunkt des Zugangs der Ausführungsanzeige gilt nach Ziff. 1 (2) AGB der Zeitpunkt, in dem die Mitteilung dem Kommittenten nach gewöhnlichem Postlauf zugegangen ist, wenn sie an die letzte, der Bank bekanntgewordene Anschrift abgesandt worden ist. Die Gefahr des Nichtzugehens wird damit auf den Kommittenten abgewälzt. Da für die Preisberechnung und die Widerrufsmöglichkeit der Zeitpunkt der Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung massgebend ist, es im übrigen früher ohnehin bestritten war, ob die Gefahr des Zugangs der Kommissionär oder der Kommittent zu tragen hat 225), wird man die Zulässigkeit dieser Gefahrenabwälzung bejahen müssen 226).

V. WIRKUNGEN DES SELBSTEINTRITTS

1. Rechtliche Konstruktion des Selbsteintritts

Wesen und rechtliche Konstruktion des Selbsteintritts waren unter der Geltung des AHGB sehr bestritten 227). Nach der vom HGB vertretenen Auffassung stellt der Selbsteintritt eine eigentümliche Art der Kommissionsausführung dar 228).

223) Vgl. Schmidt-Rimpler S. 1005, 1013.

224) Vgl. Schmidt-Rimpler a. a. O.; Ritter § 400 Anm. 5c; Schlegelberger-Hefermehl § 405 Anm. 13; Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 15; a. A. Baumbach-Duden 12. § 400 Bem. 3 A unter Hinweis auf RGZ 102, 15 (16), während sich die 13. Aufl. einer Stellungnahme enthält; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 36.

225) Für Gefahrtragungspflicht des Kommissionärs: Schmidt-Rimpler S. 1012; Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 15; Schlegelberger-Hefermehl § 405 Anm. 13; Ritter 1. § 400 Anm. 6 (a. E.); Breit Selbsteintritt S. 239; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 36 unter Aufgabe der früheren Auffassung; a. A. Makower § 400 IIb.

226) So auch Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 15.

227) Vgl. die Darstellung des Streitstands bei Blumer S. 39 f. u. Utermann S. 14 f..

228) Vgl. die §§ 400 (1, 2, 5), 401 (1), 404 HGB.

durch die zwischen den Partien ein unmittelbares Kaufverhältnis zur Entstehung gelangt, das Kommissionsgeschäft kaufrechtliche Züge annimmt 229).

Diese Rechtslage macht es erforderlich, die Vorschriften des Kommissionsrechts und des Kaufrechts, soweit vereinbar, nebeneinander anzuwenden, wobei die kaufrechtlichen Vorschriften insoweit den Vorrang haben, als sie nicht dem Wesen des Selbsteintritts als Art der Kommissionsausführung, den Bedingungen des Kommissionsvertrags oder den Weisungen des Kommittenten widersprechen 230).

Aus der Rechtsnatur des Selbsteintritts als besonderer Art der Kommissionsausführung folgt auch, dass die Pflicht des Kommissionärs, die Interessen des Kommittenten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu wahren (§§ 384 (1), 347 (1) HGB), durch die Erklärung des Selbsteintritts keine Änderung erfährt 231).

Da der Kommissionär stets Kaufmann ist (§§ 1 (2) Ziff. 6, 406 (1) S. 2 HGB), finden die Vorschriften über einseitige, bzw., sofern auch der Kommittent Kaufmannseigenschaft besitzt, zweiseitige Handelsgeschäfte Anwendung (§ 345 HGB).

2. Beschränkung der Rechenschaftspflicht

a) Gesetzliche Regelung

Die für die Banken bedeutsamste Rechtsfolge der Erklärung des Selbsteintritts ist, wie dies bereits bei der Darstellung der Geschichte des Effektenkommissionsgeschäfts ausgeführt wurde 232), die Beschränkung der ihnen als Kommissionär ansonsten obliegenden Rechenschaftspflicht.

Nach § 400 (2) S. 1 HGB beschränkt sich die Rechenschaftspflicht des selbst-eintretenden Kommissionärs grundsätzlich auf den Nachweis, dass bei dem berechneten Preis der z. Zt. der Ausführung der Kommission bestehende Börsenpreis eingehalten ist. Als Zeitpunkt der Ausführung gilt hierbei der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat (§ 400 (2) S. 2 HGB).

Der selbst-eintretende Effektenkommissionär, dessen Selbsteintrittsrecht auf Gesetz, nicht auf Vereinbarung beruht 233), kann dem Kommittenten also keinen

229) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 28; Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 3, 20; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 38; Ritter § 400 5d aa; Schmidt-Rimpler S. 1022; RGZ 1, 286 (289); 4, 92 (94).

230) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 28, 29; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 38; Ritter § 400 Anm. 5d aa.

231) Vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O.; Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 37; Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 20.

232) Vgl. oben S. 36.

233) Vgl. oben S. 39.

ungünstigeren Preis in Rechnung stellen, als den amtlich festgestellten Börsenpreis (§ 400 (2) S. 1 i. V. mit § 400 (1) HGB). Wenn dies § 400 (5) HGB besonders hervorhebt, so ist dies praktisch bedeutungslos 234).

Da regelmässig die Ausführungsanzeige erst nach Schluss der Börse abgegeben wird, d. h. zu einem Zeitpunkt, zu dem ein Börsenpreis nicht mehr besteht 235), bestimmt § 400 (3) HGB, dass in diesen Fällen der berechnete Preis nicht ungünstiger sein darf, als der Börsenpreis am Schluss der Börse.

War dagegen die Kommission zu einem bestimmten Kurs - erster, mittlerer, letzter Kurs oder Einheitskurs - auszuführen, so ist die Einhaltung dieses Kurses nachzuweisen, ohne dass es auf den Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige ankommt (§ 400 (4) HGB), was ohne diese Vorschrift ebenso selbstverständlich wäre.

Ein weitere Begrenzung der Rechenschaftspflicht folgt aus § 403 HGB, der bestimmt, dass der Kommissionär die beim Kommissionsgeschäft regelmässig anfallenden Kosten, wie etwa Maklercourtage, Stempel, Umsatzsteuer berechnen kann, ohne ihre Entstehung nachweisen zu müssen 236).

Diese Grundsätze sind in zweifacher Hinsicht durchbrochen. Konnte der Kommissionär bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren, als dem sich aus § 400 (2-5) HGB ergebenden Preis ausführen, so hat er dem Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen (§ 401 (1) HGB). Mangels besonderer Vereinbarung wird man den Kommissionär in der Regel als verpflichtet ansehen müssen, die Ausführungsmöglichkeiten an anderen Börsen im Rahmen der ihm obliegenden kaufmännischen Sorgfaltspflicht zu berücksichtigen 237).

Fraglich und bestritten ist, ob nach § 401 (1) HGB auch günstigere Gelegenheiten ausserhalb der Börse, d. h. Gelegenheiten, die sich nicht durch die Benützung der Börseneinrichtungen ergeben, zu berücksichtigen sind. Im Hinblick auf § 401 (2) HGB wird man dies verneinen müssen, da ansonsten das widersinnige Ergebnis zu vertreten wäre, dass der Kommissionär den günstigeren Preis in Rech-

234) Vgl. Nussbaum Hdb. S. 615; Schmidt-Rimpler S. 1040; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 56; Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 58; Breit Selbsteintritt S. 265 ff..

235) Vgl. oben S. 38 f..

236) Daneben ist die Geltendmachung aussergewöhnlicher Kosten nach den §§ 675, 670 BGB nicht ausgeschlossen, soweit der Kommissionär sie nach den Umständen für erforderlich halten durfte. Vgl. Ratz in RGRK z. HGB § 403 Anm. 3; Schlegelberger-Hefermehl § 403 Anm. 6; Schmidt-Rimpler S. 1045; Düringer-Hachenburg § 403 Anm. 6; a. A. Ritter § 403 Anm. 3.

237) Vgl. Ziff. 30 (1) AGB, die der Bank insoweit ein Wahlrecht einräumt. Vgl. weiter RG BA 1926, 304; Schlegelberger-Hefermehl § 401 Anm. 4; Düringer-Hachenburg § 401 Anm. 9 und oben S. 38.

nung stellen müsste, wenn er das günstigere Deckungsgeschäft ausserhalb der Börse nicht geschlossen hat, während er beim Abschluss nach § 401 (2) HGB den Preis des Deckungsgeschäfts nicht in Rechnung stellen müsste 238).

Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch, dass die Entscheidung dieser Frage letztlich theoretischer Natur ist, da in der Praxis der dem Kommittenten obliegende Nachweis einer günstigeren Deckungsmöglichkeit in aller Regel nicht geführt werden kann 239).

Schliesst der Kommissionär an der Börse Kunden- und Nostrogeschäfte ab, so müssen im Fall unterschiedlicher Preise die Interessen des Kommissionärs zurücktreten, d. h. der Kommissionär hat nach § 401 (1) HGB dem Kunden den günstigeren Kurs in Rechnung zu stellen 240).

Erhebliche Bedeutung hätte auch die zweite Ausnahmebestimmung gewinnen können, die besagt, dass der Kommissionär, falls er vor Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlass der erteilten Kommission ein Deckungsgeschäft an der Börse 241) abgeschlossen hat, keinen ungünstigeren Preis als den dabei erzielten dem Kommittenten in Rechnung stellen darf (§ 401 (2) HGB). Da auch hier die Beweislast beim Kommittenten liegt, ist die praktische Bedeutung gering.

b) Die gesetzliche Regelung in der Praxis

In der Praxis stehen die zum Schutz des Kommittenten erlassenen Bestimmungen über die Rechenschaftslegung weitgehend nur auf dem Papier, wie bereits zu § 401 HGB ausgeführt wurde, da der Kommittent das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anwendung der Schutzbestimmungen zu substantiieren und nachzuweisen hat 242), was ihm in aller Regel nicht möglich sein wird, da er keinen Einblick in die Interna des Bankbetriebs hat. Gerade hierin liegt neben der Beschränkung der Rechenschaftspflicht der Vorteil des Selbsteintritts für den Kommissionär, der im Gegensatz zur regulären Kommissionärsausführung seine innerbetrieblichen Verhältnisse nicht offenzulegen braucht 243).

238) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB § 401 Anm. 1; Düringer-Hachenburg § 401 Anm. 8; Breit S. 274 f.; a. A. Schlegelberger-Hefermehl § 401 Anm. 5, 7, 11; Baumbach-Duden §§ 400-405 Bem. 4 B entgegen der bisherigen Auffassung (§ 401 Bem. 2); Ritter § 401 Anm. 2; Schmidt-Rimpler S. 1032, 1036.

239) Vgl. KG LZ 1911, 234; Düringer-Hachenburg § 401 Anm. 15; Schmidt-Rimpler S. 1038; Schlegelberger-Hefermehl § 401 Anm. 13; Ratz in RGRK z. HGB § 401 Anm. 7.

240) Vgl. Düringer-Hachenburg § 401 Anm. 7.

241) Ein Markt für Effekten besteht neben der Börse nicht; vgl. oben S. 37 (Fussnote 192).

242) Dies folgt aus § 400 (2) HGB, der sonst bedeutungslos wäre.

243) Auf die Vorlegung der Schlussnoten über das Deckungsgeschäft hat der Kom-

Gilt dies in besonderem Masse für die Bedeutung des § 401 HGB, so verhält es sich in der Praxis mit den Bestimmungen des § 400 (2 u. 3) HGB nicht wesentlich besser 244).

So glaubte die Börsenenquêtekommission, auf deren Beschlüssen die in das HGB übernommene Neuregelung des Selbsteintrittsrechts im Börsengesetz zurückgeht 245), es würden sich an den Börsen Einrichtungen schaffen lassen, um sofort nach Abschluss des Deckungsgeschäfts die Ausführungsanzeige abgehen lassen zu können. Diese Einrichtungen liessen sich nicht verwirklichen. Sie würden dem Kunden bei fortlaufender Notierung auch keinen wesentlichen Schutz gewähren, da die Kurse ohne Zeitangabe notiert werden. Allenfalls könnten besonders krasse Abweichungen auf dem Umweg über die Börsenorgane festgestellt werden 246). Erfahrungsgemäss wird dieser Weg vom Kunden praktisch nie beschritten.

Nicht anders verhält es sich mit der Regelung in § 400 (3) HGB. Erfolgt die Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung nach Börsenschluss, was in der Praxis in der Regel nicht anders möglich ist, so soll der berechnete Preis nicht ungünstiger als der Schlusskurs sein. Aus dem Kurszettel kann jedoch einmal der Schlusskurs nicht immer festgestellt werden, zum anderen denkt der Kommissionär, psychologisch und wirtschaftlich verständlich, nicht daran, dem Kommittenten den gegenüber dem Kurs des Deckungsgeschäfts günstigeren Schlusskurs in Rechnung zu stellen 247). Eine reelle Kundschaft würde ein derartiges Verlangen wohl auch nicht geltend machen. Insoweit eine Abdingung des § 400 (3) HGB anzunehmen ist nicht möglich, da § 400 (3) HGB zwingendes Recht darstellt (§ 402 HGB).

Von besonderer Bedeutung ist diese Frage für den Lokalbankier, der den Kommissionsauftrag seinem Zentralbankier weitergegeben hat und regelmässig die Ausführungsanzeige erst nach Börsenschluss erhält. Er müsste, was geschäftlich nicht zumutbar ist, dem Kunden mindestens den Schlusskurs zubilligen.

Ein weiterer Mangel der getroffenen Form der Rechenschaftslegung ist darin

Fortsetzung der Fussnote 243) von Seite 46

mittent keinen Anspruch, auch nicht im Prozess (§ 422 ZPO). Auch die Vorlage der Handelsbücher nach § 45 HGB darf nicht dazu benutzt werden, dem Kommittenten das Material für eine ihm fehlende Substantiierung zu beschaffen; vgl. Nussbaum Hdb. S. 617.

244) Vgl. hierzu Nussbaum Hdb. S. 614 f.; ders. Tatsachen S. 76 f.; Schmidt-Rimpler S. 1041; Breit in LZ 1907, Sp. 858.

245) Vgl. oben S. 36.

246) Insoweit würde auch § 401 (2) HGB eingreifen.

247) Die an sich mögliche Anwendung der Strafbestimmung des § 95 BörsG wird in diesen Fällen vielleicht durch eine enge Auslegung des Begriffs "absichtlich" in § 95 BörsG zu umgehen sein. Vgl. dazu Schmidt-Rimpler S. 1041 Fussnote 6.

zu erblicken, dass es dem Kommissionär häufig möglich sein wird, auf die Kursbildung einzuwirken 248), sei es, dass er dies als Emmissionsbank oder aus allgemeinen geschäftlichen oder spekulativen Momenten tut.

Eine besondere Bedeutung gewinnt diese Kursbeeinflussung bei Effekten, von denen nur geringe Spitzenbeträge an der Börse gehandelt werden 249) oder die überhaupt nicht in Erscheinung treten. Hier lösen bereits kleine Angebote erhebliche Kursänderungen aus. Man wird es den Banken jedoch auch in derartigen Fällen freistellen müssen, ob sie etwa einen Kaufauftrag in Höhe von 10.000. -- DM voll zur Börse geben oder nur einen Teil davon, um den Restbetrag zu dem sich an der Börse ergebenden Kurs aus eigenen Beständen zu liefern, da der Börsenkurs bei voller börslicher Erledigung sich für den Kunden weit ungünstiger stellen würde.

Eine Verpflichtung der Banken, in derartigen Fällen aus vorhandenen eigenen Beständen zum Börsenpreis zu liefern, besteht selbstverständlich nicht, da diese nicht verpflichtet sind, dem Kommittenten Vorteile zuzuwenden, die aus Massnahmen herrühren, die nicht aus Anlass der erteilten Kommission getroffen wurden 250).

c) Folgen falscher Preisansetzung

Berechnet der Kommissionär dem Kommittenten einen ungünstigeren Preis, als ihn dieser nach den oben dargestellten Vorschriften verlangen kann, so ist dieser, selbst bei Vorliegen eines vorsätzlichen Kursschnitts nicht berechtigt, das Geschäft als Ganzes zurückzuweisen. Der Kommittent kann lediglich die Berechnung des richtigen Preises verlangen 251).

Nach Ziff. 32 AGB soll der von der Bank berechnete Preis jedoch als genehmigt gelten, sofern der Kommittent nicht telegraphisch sofort nach Zugang der Ausführungsanzeige widerspricht.

Ziff. 32 AGB ist in dieser Form jedoch die Geltung zu versagen.

Es ist den Banken zwar zuzugestehen, dass sie sich nicht auf einen längeren Schwebezustand einlassen können, andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass

248) Abgesehen von der betrügerischen Kursbeeinflussung nach § 88 BörsG.

249) Hierbei ist zu berücksichtigen, dass durch die Kompensation von Aufträgen innerhalb der Bank und den Handel von Bank zu Bank der Börse noch zusätzliche Aufträge entzogen werden. Weiter ist zu beachten, dass das Angebot auf dem deutschen Effektenmarkt, z. T. infolge der Gründung der Investmentfonds, relativ knapp geworden ist.

250) Vgl. Nussbaum Hdb. S. 616.

251) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 22; Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 61; Düringer-Hachenburg §§ 400 Anm. 48, 401 Anm. 16; Nussbaum Hdb. S. 618.

der Kunde auch bei falscher Kursberechnung den Selbsteintritt gegen sich gelten lassen muss 252). Im Hinblick auf die in § 402 HGB normierte Unabdingbarkeit der Bestimmungen der §§ 400 (2-5), 401 HGB erscheint es nicht zulässig, diese Bestimmungen im Wege der Aufstellung von AGB dadurch bedeutungslos zu machen, dass die aus den unabdingbaren Vorschriften folgenden Ansprüche nur sofort geltend gemacht werden können. Zu beachten ist dabei noch, dass die Gefahr des Zugangs der Ausführungsanzeige nach Ziff. 1 (2) AGB auf den Kunden abgewälzt ist, die Ausführungsanzeige nach dem gewöhnlichen Postlauf als zugegangen gilt, wenn sie an die letzte, der Bank bekannt gewordene Anschrift des Kommittenten gesandt worden ist 253).

Zur Erreichung des von den Banken angestrebten Erfolgs erscheint es ausreichend, die Klausel dahingehend zu fassen, dass die Geltendmachung von Erinnerungen unverzüglich zu erfolgen habe, wie dies in früheren Fassungen der AGB auch üblich war. Soweit sich die Geltendmachung der Erinnerung ohne Verschulden des Kunden längere Zeit verzögert, also noch unverzüglich erfolgen würde (§ 121 (1) S. 1 BGB), könnte der Bank auf dem Weg über § 242 BGB geholfen werden.

3. Ermöglichung der Kompensation und des Insichgeschäfts

Ein weiterer Vorteil des Selbsteintritts für die Banken, der gerade im Effektenkommissionsgeschäft besonders bedeutsam ist, ist die Ermöglichung der Kompensation von entgegengesetzten Kundenaufträgen und des Insichgeschäfts.

a) Kompensation

Bei der regulären Kommissionsausführung durch Drittabschluss wäre es dem Kommissionär nicht möglich, entgegengesetzte Kundenaufträge zu kompensieren, da der Kommissionär nicht zugleich im eigenen Namen für Rechnung des A kaufen und für Rechnung des B verkaufen kann. Ein Ausgleich ist jedoch dann möglich, wenn der Kommissionär zumindest gegenüber einem der Kunden den Selbsteintritt erklärt und dadurch gegenüber diesem Kunden die Stellung eines Käufers oder Verkäufers einnimmt 254).

252) Das bei *Trost-Schütz* angeführte Argument, dem Kunden könne nicht Gelegenheit gegeben werden, die Kursentwicklung abzuwarten, um sich dann zu entscheiden, greift daher nicht durch.

253) Vgl. oben S. 43 f..

254) In der Praxis erfolgt die Ausführung durch Selbsteintritt nach Ziff. 29 (1) AGB in jedem Fall.

b) Insiehgeschäft

Streng hiervon zu unterscheiden ist das sog. Insiehgeschäft 255). Hierbei schliesst der Kommissionär nach Erteilung des Kommissionsauftrags kein Deckungsgeschäft ab. Er belastet den Kommittenten mit dem derzeitigen Börsenpreis und erteilt ihm Gutschrift auf Wertpapierrechnung 256). Erteilt der Kunde später einen Verkaufsauftrag, so wird er mit dem Börsenpreis zu diesem Zeitpunkt erkannt und auf Wertpapierrechnung belastet. Der Kommissionär wickelt das Geschäft also rein buchmässig ab. Sein Gewinn oder Verlust ist die Differenz zwischen den dem Kommittenten in Rechnung gestellten Börsenpreisen.

Das HGB enthält in Bezug auf dieses Insiehgeschäft keine besonderen Vorschriften.

Aus all gemeinen Erwägungen wird man seine Zulässigkeit nur in engen Grenzen bejahen können, da das Verhalten des selbstestretenden Kommissionärs beim Insiehgeschäft der ihm auch nach Erklärung des Selbstesttritts obliegenden Verpflichtung widerspricht, die Kommission sorgfältig und interessewahrend auszuführen.

Der Kommissionär, der den Abschluss eines Deckungsgeschäfts unterlässt, tut dies in der Erwartung, dass die Kursentwicklung für den Kommittenten ungünstig verlaufen wird, da er sich ansonsten entdecken musste, um nicht den zu erwartenden Gewinn des Kommittenten aus eigener Tasche bezahlen zu müssen.

Dieser Interessengegensatz trat am augenscheinlichsten beim seit 1931 ruhenden Termingeschäft auf, er besteht jedoch grundsätzlich auch bei Kassageschäften.

Fremdlich ist der Kommissionär nicht verpflichtet, ungefragt dem Kunden seinen Rat aufzudrängen 257), wenn er die weitere Kursentwicklung anders als der Kommittent beurteilt, doch wird man die Aufklärungspflicht dann bejahen müssen, wenn der Kommittent offensichtlich von ganz falschen Vorstellungen und Erwartungen ausgeht 258).

255) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 4; Ratz in RGRK z. HGB § 400 Anm. 2; Schmidt-Rimpler S. 1030 f.; Nussbaum Hdb. S. 603 ff.; unklar Schlechtriem S. 25.

256) Vgl. dazu S. 1.

257) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 384 Anm. 8; Düringer-Hachenburg § 384 Anm. 6; Schmidt-Rimpler S. 730. Vor Erteilung des Kommissionsauftrags ist der Kommissionär auch auf Anfrage grundsätzlich nicht zur Ratserteilung verpflichtet. Für den Bankkommissionär folgt die Beratungspflicht nach Eröffnung der Geschäftsverbindung aus Ziff. 10 AGB.

258) Vgl. BGHZ 8, 222 (235).

Zu verneinen ist die Zulässigkeit des Insigengeschäfts jedenfalls dann 259), wenn der Kommissionär auf die ihm günstige Kursentwicklung hinarbeitet 260) oder das Geschäft auf seinen Rat hin zustandegekommen ist 261). In diesen Fällen liegt eine gröbliche Verletzung der Interessenwahrungspflicht vor 262).

Darüber hinaus ist die Zulässigkeit des Insigengeschäfts zu verneinen, soweit der Kommissionär im Falle der für ihn ungünstigen, d.h. im Sinn des Kommitenten verlaufenden Kursentwicklung nicht in der Lage sein würde, die ihm gegenüber dem Kommitenten erwachsenden Verpflichtungen zu erfüllen, da das Geschäft für diesen ansonsten in jedem Fall ein Verlustgeschäft werden würde.

Geht der Kommissionär im Wege des Insigengeschäfts vor, obwohl er nach obigen Grundsätzen dazu nicht berechtigt ist, so kann der Kommitent je nach Sachlage den Kommissionsvertrag wegen arglistiger Täuschung oder Irrtums über wesentliche Eigenschaften des Kommissionärs anfechten 263) und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen 264).

Nach den gleichen Gesichtspunkten ist auch die nachträgliche Veräußerung der ursprünglich als Deckung angeschafften Wertpapiere zu beurteilen.

VI. DER WIDERRUF DES KOMMISSIONSVERTRAGS

Der Kommitent kann den Kommissionsvertrag, sofern dem nicht eine besondere Vereinbarung entgegensteht, jederzeit widerrufen, wobei es gleichgültig ist, ob man den Kommissionsvertrag als Dienst- oder Werkvertrag qualifiziert (§§ 627, 649, 675 BGB) 265).

259) Vgl. dazu Nussbaum Hdb. S. 604ff.; Schmidt-Rimpler S. 1031; Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 22; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 63, 64.

Nach den Richtlinien für die Depotprüfung ist in der Unterlassung eines Deckungsgeschäfts ein schwerer Verstoss gegen die Berufspflichten zu erblicken, soweit nicht die Lieferungsbereitschaft durch eigene Bestände oder eigene Lieferungsansprüche gewährleistet ist (vgl. die Richtlinien für die Depotprüfung bei Opitz Anlage IV B unter III Nr. 6 (1))

260) Der Kommissionär macht sich damit nach § 95 BörsG strafbar.

261) Eine besonders strenge Prüfung ist angebracht, wenn der Kommissionär eine Emmissionsbonifikation bezieht.

262) Vgl. dazu die Darstellung von Nussbaum a.a.O. über den sog. bucket-shop mit weiteren Literaturangaben.

263) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 400 Anm. 22, sowie die oben Zitierten.

264) Als Anspruchsgrundlagen kommen vor allem die §§ 384 HGB, 823 (2) BGB i. V. mit 263 StGB, 94, 95 BörsG in Frage. Vgl. RG JW 1913, 1049 (1050 a. E.).

265) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 383 Anm. 23, 36; Ratz in RGRK z. HGB § 383 Anm. 23.

Dieses Recht ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn der Kommissionär die Ausführung des Auftrags bereits ins Werk gesetzt hat, z.B. durch Abschluss mit einem Dritten, Abgabe einer unwiderruflichen Offerte an einen Dritten oder, entsprechend der Natur des Selbsteintritts als Ausführung der Kommission, wirksam den Selbsteintritt erklärt hat. Da der Selbsteintritt erst mit dem Zugang der Ausführungsanzeige, die im Effektenkommissionsgeschäft stets die Selbsteintrittserklärung enthält (Ziff. 29 (1 u. 4) AGB), beim Kommittenten wirksam wird (266), wäre bis zu diesem Zeitpunkt ein Widerruf des Kommissionsvertrags möglich.

§ 405 (3) HGB sieht daher im Interesse des Kommissionärs hinsichtlich des Widerrufsrechts den entscheidenden Zeitpunkt in der Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung, wie dies auch § 400 (2) S. 2 HGB entsprechend für die Rechenschaftspflicht bestimmt. Geht dem Effektenkommissionär der Widerruf des Kommittenten erst nach Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung zu, so ist er nach § 405 (3) HGB unwirksam. Geht der Widerruf vor diesem Zeitpunkt zu, so hat er, auch wenn die Kommission nicht mehr res integra ist, die Wirkung, dass dem Kommissionär das Recht des Selbsteintritts abgeschnitten wird (§ 405 (3) HGB). Er kann die Kommission, die er bereits ins Werk gesetzt hat nur noch regulär ausführen.

Für den Effektenkommissionär, der nach Ziff. 29 (1) AGB stets durch Selbsteintritt ausführt, ergibt sich hieraus das Risiko, infolge des Widerrufs des Kommittenten auf einem getätigten Deckungsgeschäft sitzen zu bleiben, da eine reguläre Kommissionsausführung nicht möglich ist.

Der von Schmidt-Rimpler (267) vertretenen Auffassung, in § 405 (3) HGB eine ergänzungsfähige Lücke dahingehend anzunehmen, dass dem Kommissionär die Möglichkeit des Selbsteintritts trotz Zugang des Widerrufs vor Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung erhalten bleiben soll, wenn er zu diesem Zeitpunkt aus Anlass der Kommission bereits ein Deckungsgeschäft geschlossen habe, kann im Hinblick auf den Wortlaut des § 405 (3) HGB nicht gefolgt werden (268). Wegen der dispositiven Natur des § 405 (3) HGB erscheint eine derartig weitgehende Ergänzung nicht notwendig.

Da der Effektenkommissionär sein Selbsteintrittsrecht aus § 400 (1) HGB, nicht aus einer Vereinbarung mit dem Kommittenten ableitet (269), kann die Beschränkung des Widerrufsrechts auch nicht aus der vertraglichen Vereinbarung des Selbsteintrittsrechts gefolgt werden (270).

266) Vgl. oben S. 43.

267) S. 1056 f..

268) Ablehnend auch Ratz in RGRK z. HGB § 405 Anm. 12; Schlegelberger-Hefermehl § 405 Anm. 19; Ritter § 405 Anm. 4; Düringer-Hachenburg § 405 Anm. 22.

269) Vgl. oben S. 39.

270) A. A. Düringer-Hachenburg § 405 Anm. 23; Breit Selbsteintritt S. 245.

Da auch Ziff. 31 AGB nicht erkennen lässt, dass von der gesetzlichen Regelung des § 405 (3) HGB abgewichen werden sollte, eine weite Auslegung der AGB auch nicht zulässig ist 271), kann die an sich mögliche Abdingung des § 405 (3) HGB den AGB nicht entnommen werden 272).

§ 7 DIE ABWICKLUNG DER KOMMISSION

Nach der Themenstellung der Arbeit erschien es gerechtfertigt, die Abwicklung der durch Selbsteintritt ausgeführten Effektenkommission nur insoweit einer Darstellung zuzuführen, als sich aus dem Wesen der Effektenkommission als besonderem Zweig des Kommissionsgeschäfts die Notwendigkeit hierzu ergab.

Dies galt vor allem für die Durchsetzung des Rechts des Kommittenten auf Eigentumsverschaffung und die sich aus der Verletzung dieses Rechts ergebenden Folgen. Damit ist auch bereits gesagt, dass die Arbeit grundsätzlich nur auf die Abwicklung der Effekteneinkaufskommission abstellt, für die, wegen des hierbei auftretenden besonderen Schutzbedürfnisses des Kommittenten, im 2. Abschnitt des Depotgesetzes von 1937, wie auch schon im bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Depotrecht, einschneidende Sonderbestimmungen getroffen worden sind.

Auf eine Darstellung der sonstigen, dem Kommittenten nach dem HGB und BGB zustehenden Rechte, konnte verzichtet werden, soweit sich nicht aus dem Wesen der Effektenkommission oder den Vorschriften des Depotgesetzes Abweichungen ergaben.

Das gleiche gilt für die Rechte des Kommissionärs.

I. AUSGANGSPUNKT

Hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut ist im folgenden mit der h. A. 273) davon auszugehen, dass nach deutschem Recht der Kommissionär am Kommissionsgut regelmässig Eigentum erwirbt 274), da er im eigenen Namen auftritt (§ 164 (2) BGB).

Dies ist auch der Ausgangspunkt des Depotgesetzes, da die auf rasche Eigentumsverschaffung abzielenden Vorschriften des Depotgesetzes ansonsten weitgehend überflüssig wären.

271) Vgl. oben S. 30.

272) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 405 Anm. 20; Ratz in RGRK z. HGB § 405 Anm. 12; Modest in NJW 1950, 52 (54) und oben S. 42.

273) Vgl. D II z. Entwurf des HGB S. 254 ff.; weiter statt vieler Düringer-Hachenburg § 384 Anm. 73 m.w.N..

274) Unbeschadet der Möglichkeit des "Geschäfts für den es angeht". Vgl. dazu unten S. 57 ff..

Der Kommissionär ist jedoch verpflichtet, dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat (§ 384 (2) 2. Halbs. HGB).

Bei der im Effektenkommissionsgeschäft üblichen Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt erwirbt der Kommittent mit dem Wirksamwerden der Selbsteintrittserklärung einen schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentums- und Besitzverschaffung hinsichtlich des Gegenstands des Kommissionsvertrags, da durch die Erklärung des Selbsteintritts zwischen den Parteien ein unmittelbares Kaufverhältnis zur Entstehung gelangt (§ 433 (1) S. 1 BGB 275).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dieser Verpflichtung des selbsteintretenden Effektenkommissionärs nur um eine solche zur Leistung aus einer bestimmten Wertpapierart 276) handelt, da der Kommissionär infolge der Erklärung des Selbsteintritts in die Stellung eines Verkäufers einrückt 277). Eine Konkretisierung der Schuld tritt vor allem nicht dadurch ein, dass der Kommissionär ein Deckungsgeschäft abgeschlossen hat oder abschliesst, da dies für eigene Rechnung des Kommissionärs geschieht, den Kommittenten daher nicht berührt.

Die Konkretisierung der artmässig bestimmten Schuld des Kommissionärs richtet sich nach § 243 (2) BGB.

II. DIE DURCHFÜHRUNG DES RECHTS DES KOMMITTENTEN AUF EIGENTUMSVERSCHAFFUNG

Da sich die Übereignung der weitaus überwiegenden Mehrzahl der im Effektenkommissionsgeschäft gehandelten Wertpapiere nach sachenrechtlichen Grundsätzen vollzieht, besteht für den Kommissionär die Möglichkeit, seiner Eigentumsverschaffungspflicht in den vom BGB für die Übereignung von beweglichen Sachen gegebenen Übereignungsformen zu genügen.

Soweit die Übereignung nicht oder nicht ausschliesslich nach sachenrechtlichen Grundsätzen erfolgt, wie etwa bei vinkulierten Namensaktien und Kuxen, ist sie vom Kommissionär in den hierfür vorgesehenen Formen vorzunehmen. Da sich insoweit keine Besonderheiten ergeben, können diese Übereignungsformen ausser Betracht bleiben, vor allem auch wegen der geringen praktischen Bedeu-

275) Vgl. oben S. 43 f.

276) Der Ausdruck Gattung bzw. gattungsmässig kann auf Wertpapiere keine Anwendung finden; vgl. Fussnote 6.

277) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 11; Schmidt-Rimpler S. 678, 1022 f.; Opitz § 18 Anm. 6 (S. 265 ff.); Quassowski-Schröder § 31 B. Nach überwiegender Auffassung entsteht auch bei regulärer Kommissionsausführung nur eine artmässig bestimmte Schuld; vgl. die oben angegebenen Fundstellen; weiter Riesser-Bernstein S. 160 f.; Düringer-Hachenburg § 384 Anm. 65; Ratz in RGRK z. HGB § 383 Anm. 32. So auch RGZ 73, 244 (247); 81, 437 (440); RG BA 9, 367; 15, 101.

tung des Geschäfts in derartigen Wertpapieren.

Daneben hat bereits das Depotgesetz von 1896 für Wertpapiere i. S. dieses Gesetzes eine Sonderform der Eigentumsübertragung eingeführt, die vom Depotgesetz von 1937 übernommen und durch eine weitere Sonderform ergänzt wurde (278).

§ 8 FORMEN DER EIGENTUMSÜBERTRAGUNG AUF DEN KOMMITTENTEN

I. EIGENTUMSÜBERTRAGUNG NACH SACHENRECHTLICHEN GRUNDSÄTZEN

1. Einigung und Übergabe

Die Eigentumsübertragung durch Einigung (279) und Übergabe (§ 929 S. 1 BGB) ist im Wertpapiergeschäft sehr selten, da die Stücke regelmässig im Anschluss an die Kommissionsausführung für den Kunden in Bankverwahrung genommen werden.

2. *Brevi manu traditio*

Eine *brevi manu traditio* ist im Effekteneinkaufsgeschäft zwar denkbar, jedoch äusserst selten. Praktisch werden kann sie dagegen bei Verkaufsgeschäften, wenn der Kommissionär die Stücke bereits in Verwahrung hatte.

3. Besitzkonstitut

Ihre grösste Bedeutung im Effektenkommissionsgeschäft hatte die Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut vor der Einführung der depotrechtlichen Sonderformen der Eigentumsübertragung. Sie ist jedoch auch heute noch bedeutungsvoll.

Zu einer Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut ist es erforderlich und ausreichend, dass der Kommissionär in äusserlich erkennbarer Weise auf Grund eines individualisierten Besitzverhältnisses (§ 868 BGB) für den Kommittenten an bestimmten Stücken den Besitz ausübt (§§ 929 S. 1, 930 BGB).

Als eine derartige, nach der Rechtsprechung (280) erforderliche Verlautbarung des Besitzübertragungswillens stellt sich eine Inverwahrnehmung in Form

278) Vgl. unten S. 60 ff. und S. 75.

279) Die Einigung muss sich stets auf das Wertpapier als solches beziehen, d. h. Recht und Papier umfassen. Vgl. Ulmer S. 75.

280) Vgl. RGZ 52, 130 (132); 63, 16 (17); 63, 403 (405); 73, 415 (418); 99, 208 (210); 116, 198 (202).

der Sonderverwahrung 281), ein entsprechender Vermerk in den Handelsbüchern unter Angabe bestimmter Nummern 282) und ähnliches dar.

Möglich ist auch die Schaffung eines mehrstufigen Besitzkonstituts, wenn etwa der Provinzbankier die ihm vom Zentralbankier durch Besitzkonstitut übergebenen Wertpapiere dem Kommittenten ebenfalls im Wege des Besitzkonstituts weiterübereignet 283).

Die nach den §§ 930, 868 BGB erforderliche Vereinbarung des individualisierten Besitzverhältnisses 284) wie die Einigung nach § 929 S. 1 BGB nimmt der Einkaufskommissionär regelmässig im Wege des Selbstkontrahierens vor (§ 181 BGB).

Seine Berechtigung hierzu 285) ergibt sich aus dem Kommissionsvertrag, kraft dessen er als bevollmächtigt anzusehen ist, die Einigung nach § 929 S. 1 BGB und die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses mit sich selbst vorzunehmen 286). Sie folgt weiter daraus, dass der Kommissionär im Hinblick auf § 384 (2) HGB, bzw. bei Ausführung durch Selbsteintritt im Hinblick auf § 433 (1) S. 1 BGB in Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung handelt 287).

Wer innerhalb der Bank den nach aussen erkennbaren Akt des Besitzübertragungswillens setzt, in dem zugleich der Abschluss obiger Vereinbarungen zu erblicken ist, soll gleichgültig sein 288). Diesem Satz kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden 289).

281) Vgl. oben S. 1 f..

282) Vgl. RGZ 11, 52 (60); Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 22; Ratz in RGRK z. HGB § 383 Anm. 33.

283) § 930 BGB setzt nur die Innehabung des Besitzes, gleich welcher Art, voraus.

284) Grundsätzlich ist bereits das Kommissionsverhältnis als derartiges Besitzmittlungsverhältnis anzusehen; vgl. RGRK z. BGB § 930 Anm. 26. Regelmässig wird das Besitzmittlungsverhältnis ein Verwahrungsvertrag sein.

285) Hieraus folgt auch die Berechtigung des Kommissionärs, entgegen § 433 (1) S. 1 BGB durch Besitzkonstitut erfüllen zu dürfen. Nach § 433 (1) S. 1 BGB ist der selbsteintretende Kommissionär ja zur Erfüllung durch Einigung und Übergabe verpflichtet; vgl. RGRK z. BGB § 433 Anm. 162; Heinichen in RGRK z. HGB Vorb. 56 vor § 373; Staudinger-Ostler § 433 Anm. 101.

286) Vgl. RGSt in JW 1927, 3012 Nr. 27 (3013); RGSt 47, 38 (44); einschränkend Schmidt-Rimpler S. 934.

287) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 383 Anm. 46; Düringer-Hachenburg § 384 Anm. 76; Schmidt-Rimpler S. 933 f.; RGZ 52, 130 (132); 63, 403 (405); RG BA 7, 157; RGSt in JW 1927, 3012 Nr. 27 (3013).

288) So RG BA 7, 157; LZ 1908, Sp. 233 (234); Ratz in RGRK z. HGB § 383 Anm. 33a.

289) Ablehnend auch die Schriftleitung des BA in Anm. zu BA 7, 157.

Da es sich bei der Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses und bei der Einigung über den Eigentumsübergang um Rechtsgeschäfte zwischen Bank und Kunden handelt, ist zu ihrem für die Bank bindenden Abschluss erforderlich, dass sie von vertretungsberechtigten Personen vorgenommen werden. Man wird jedoch im Interesse der Verkehrssicherheit und um unzulässige Manipulationen der Banken unmöglich zu machen, die in Anlehnung an den Grundgedanken des § 54 HGB entwickelten Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht 290) sehr weitgehend anwenden müssen. Diese Erwägungen sind wohl auch der oben angeführten Entscheidung stillschweigend zugrundegelegt worden 291). Im Ergebnis besteht daher Übereinstimmung.

4. Abtretung des Herausgabeanspruchs

Als weiteres Übergabesurrogat steht dem Kommissionär die Abtretung des Herausgabeanspruchs 292) gegen einen Dritten zur Verfügung (§ 931 BGB). Der unter der Geltung des Depotgesetzes von 1896 überwiegend vertretenen Auffassung, dass man im Hinblick auf § 3 (2) DepG 96 die Abtretung eines artmässigen Herausgabeanspruchs genügen lassen müsse, ist durch die Fassung des Depotgesetzes von 1937 überholt, da eine § 3 (2) S. 1 DepG 96 entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen wurde. Nach den auch für die Übereignung von Wertpapieren, soweit sie nach den Normen des Sachenrechts erfolgt, geltenden sachenrechtlichen Grundsätzen ist aber die Bestimmtheit der zu übereignenden Sache erforderlich 293).

Blosse Bestimmbarkeit der Sache genügt diesem Grundsatz nicht 294).

5. Geschäft, für den es angeht

Dem Bestreben des Gesetzgebers, dem Einkaufskommittenten so rasch wie möglich Eigentum an den vom Kommissionär für ihn angeschafften Stücken zu verschaffen, würde am besten ein Eigentumserwerb des Kommittenten entsprechen, der sich ohne den Erwerb des Durchgangseigentums durch den Kommissio-

290) Vgl. Würdinger in RGRK z. HGB § 54 Anm. 12 mit ausführlicher Darstellung.

291) Vgl. auch RGZ 86, 86 (88 f.) zur Vollmacht von Kassenbeamten; RGZ 118, 234 (236 ff.) zum Umfang der Vollmacht von Angestellten der Depositenkassen von Grossbanken.

292) Vgl. hierzu die Ausführungen zu § 931 in den Kommentaren zum BGB. Zutreffend ist wohl die Auffassung von Wolff-Raiser (§ 67 II 1), die als Herausgabeanspruch den Anspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis verstehen.

293) Vgl. RGZ 52, 385 (394); 103, 151 (153); Warn. Rspr. 1928 Nr. 11; Gruchot 51, 616.

294) Vgl. RGZ 113, 57 (62); LZ 1917, Sp. 367.

när vollzieht.

Da der Einkaufskommissionär auch bei der Erfüllung des aus Anlass des Kommissionsgeschäfts mit einem Dritten getätigten Deckungsgeschäfts regelmässig im eigenen Namen auftritt, wäre eine Lösung im obigen Sinn nur nach den Grundsätzen des "Geschäfts, für den es angeht" 295) zu erreichen. Erforderlich und genügend wäre danach, dass der Kommissionär bei Erhalt der Stücke vom Verkäufer des Deckungsgeschäfts den Willen hat, das Eigentum unmittelbar für den Kommittenten erwerben zu wollen, ohne dass dieser Wille nach aussen erkennbar sein muss, sofern es dem Verkäufer des Deckungsgeschäfts gleichgültig ist, auf wen er das Eigentum an den Stücken überträgt. Bei Effektingeschäften wird dieser Wille des Verkäufers regelmässig gegeben sein. Hinsichtlich der zur Eigentumsübertragung erforderlichen Besitzübertragung müsste der Kommissionär, da eine Besitzdienerschaft nicht in Frage kommt, als Besitzmittler nach § 868 BGB auftreten, wobei als Besitzmittlungsverhältnis bereits der Kommissionsauftrag genügen würde 296).

Der besonders von Opitz 297) vertretenen Auffassung, dass diese Form der Eigentumsübertragung im Effektingeschäft der Banken die Regel sei, kann jedenfalls für Effektenanschaffungsgeschäfte in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden.

Bei der Vielzahl der Effektingeschäfte, die von den Banken Tag für Tag abgewickelt werden, ist diese Form der Eigentumsübertragung praktisch nicht möglich. Wenn die Bank zehn Kundenaufträge durch ein Deckungsgeschäft an der Börse ausführt, so müsste sie bei Erhalt der Stücke, um dem Kommittenten das Eigentum unmittelbar zu verschaffen, bereits den Willen haben, ganz bestimmte Stücke aus dem erhaltenen Gesamtbestand für diesen zu Eigentum erwerben zu wollen, da die blosse Bestimmbarkeit der Stücke dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz widerspricht 298). Kommen zu den Kundengeschäften noch Nostrogeschäfte der Bank in den betreffenden Effekten, so würden die Schwierigkeiten, zu bestimmen, welche Stücke für wen erworben worden sind, noch grösser werden.

295) Vgl. dazu Westermann § 42 IV 3; v. Lübtow in ZHR 112, 227 ff.; Cohn; Enneccerus-Nipperdey § 179 III 3c; Staudinger-Berg § 929 Anm. 23; H. Lehmann § 36 IV 2c; Schlegelberger-Hefermehl § 383 Anm. 49 u. § 400 Anm. 31; im Ergebnis gleich, jedoch mit unklarer Konstruktion RGZ 100, 190 ff.; 109, 167 (170); 140, 223 (229 f.); OLG Stuttgart NJW 1951, 445; Palandt § 929 Bem. 5a bb; Gadow in RGRK z. HGB § 366 Anm. 12a. Vgl. die Kritik bei Enneccerus-Nipperdey a. a. O. Fussnote 20. Zum Streitstand um den unmittelbaren Eigentumserwerb des Kommittenten um die Jahrhundertwende vgl. Langen S. 46 Fn. 1.

296) Vgl. Westermann § 18 4; RGRK z. BGB § 868 Anm. 5, 12.

297) § 18 Anm. 6 (a. E.) m. w. N.; zustimmend Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 137; v. Godin in NJW RzW 1951, 228.

298) Vgl. S. 57.

Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Frage, wer Eigentum an den Stücken erwerben soll, bis zu dem Zeitpunkt in der Schwebe bleiben soll, in dem der Kommissionär bestimmt, welche Stücke für welchen Kunden erworben worden sind.

Dazu kommt, dass in den Fällen, in denen der Verkäufer des Deckungsgeschäfts seiner Lieferungsspflicht sofort nachkommt, der Eigentumsübergang auf den Kommittenten vor dem Wirksamwerden des Selbsteintritts durch Zugang der Ausführungsanzeige eintreten würde, dann aber das durch den Selbsteintritt zur Entstehung gelangende Kaufverhältnis auf den Erwerb einer eigenen Sache gerichtet wäre, was nach § 306 BGB grundsätzlich nicht möglich ist 299).

In der Regel wird auch ein Wille der Bank, unmittelbar für den Kunden Eigentum erwerben zu wollen, nicht vorliegen. Vom Standpunkt der Bank aus gesehen ergäben sich aus einem derartigen Verfahren auch keine Vorteile, die ein solches Vorgehen rechtfertigen würden. Die Bank würde sich im Gegenteil einer zusätzlichen Sicherheit begeben und sich die freie Verfügung über die Stücke, die ansonsten bis zur Übereignung auf den Kommittenten möglich wäre, abschneiden. Damit würde sie sich die innerbetriebliche Abwicklung der Kommissionsgeschäfte erheblich erschweren 300).

In Einzelfällen, vor allem aber auch bei Effektenverkaufskommissionen, bei denen häufig die zu übereignende Sache bestimmt ist, kann freilich eine Übereignung im Wege des Geschäfts, für den es angeht, stattfinden, so dass der Zwischenerwerb des Kommissionärs entfällt.

6. Übertragung des Miteigentums an einem Sammelbestand

Die Übertragung des Miteigentums an einem Sammelbestand erfolgt nach bürgerlichem Recht im Wege des Besitzkonstituts oder der Abtretung des Herausgabeanspruchs. Da der Kommissionär nach § 433 (1) S. 1 BGB zur Übereignung bestimmter Stücke verpflichtet ist, überdies grundsätzlich durch Einigung und Übergabe seiner Eigentumsverschaffungspflicht zu genügen hat 301), bedürfte er hierzu der Zustimmung des Kommittenten 302).

299) Opitz (a. a. O.) kann zu diesem Ergebnis nicht kommen, da er sich der Rechtsprechung des OGH (vgl. oben S. 41) angeschlossen hat und dementsprechend bereits im Abschluss des Deckungsgeschäfts die wirksame Erklärung des Selbsteintritts erblickt.

Ratz (a. a. O.), der die Auffassung des OGH ausdrücklich ablehnt (§ 400 Anm. 5), lässt diesen Gesichtspunkt unberücksichtigt.

300) Gegen die Annahme eines unmittelbaren Eigentumserwerbs des Kommittenten auch Weigert in BA 26, 428; Düringer-Hachenburg § 400 Anm. 61, jedenfalls für die Selbsteintrittskommission; Breit Selbsteintritt S. 290 ff..

301) Vgl. Fussnote 285.

302) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 27.

Durch § 24 (1) 1. Halbs. DepG ist indes dem Kommissionär die Möglichkeit eingeräumt worden, sich von der Verpflichtung, dem Kommittenten bestimmte Stücke zu übereignen, dadurch befreien zu können, dass er dem Kommittenten Miteigentum am Sammelbestand einer Wertpapiersammelbank verschafft. Will er sich durch die Verschaffung von Miteigentum am Sammelbestand eines anderen Verwahrers befreien, so bedarf er dazu der schriftlichen und ausdrücklichen Zustimmung des Kommittenten in jedem einzelnen Fall (§ 24 (1) 2. Halbs. DepG).

In der Praxis vollzieht sich die Übertragung von Sammelbestandanteilen ausnahmslos nach der Sonderform des Depotgesetzes (§ 24 (2) S. 1 DepG).

II. EIGENTUMSÜBERTRAGUNG NACH DEPOTRECHTLICHEN GRUNDSÄTZEN

1. Das Stückeverzeichnis

a) Geschichte

Den im BGB normierten Möglichkeiten der Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen wurde bereits durch das Depotgesetz von 1896 eine weitere hinzugefügt, die Eigentumsübertragung durch Absendung des Stückeverzeichnisses (§ 7 DepG 96).

Die Einführung dieses neuen Rechtsinstituts verfolgte den Zweck, beim Handel in Wertpapieren dem Kommittenten das Eigentum an den für ihn angeschafften Wertpapieren so rasch wie möglich zu verschaffen, um ihm vor allem im Konkurs des Kommissionärs die Aussonderung zu ermöglichen. Um dies zu erreichen wurden dem Kommissionär bestimmte Fristen gesetzt, binnen deren er ein Stückeverzeichnis zu übersenden hat. Spätestens mit dem Zeitpunkt der Absendung des Stückeverzeichnisses sollte das Eigentum an den im Stückeverzeichnis bezeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten übergehen, sofern der Kommissionär zur Verfügung über diese Stücke berechtigt war.

Durch die Depotgesetznovelle vom 21. 11. 1923 wurde unter dem Druck der Geldinflation folgenden Wertpapierinflation die Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses von einem darauf abzielenden Verlangen des Kommittenten abhängig gemacht. Dies musste zu Verlusten für die Bankkundschaft führen, da diese die Übersendung des Stückeverzeichnisses in Unkenntnis ihrer Bedeutung fast nie verlangte und die Banken, wie auch schon vor Erlass der Depotgesetznovelle, versuchten, sich nach § 3 (2 u. 3) DepG 96 bezüglich jedes Auftrags schriftlich und ausdrücklich von der Pflicht zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses entbinden zu lassen.

Einen gewissen Ausgleich dieser Beeinträchtigung des Kundenschutzes brachte das durch § 7a DepG 96 i. d. F. der Depotgesetznovelle v. 1923 neugeschaffene Konkursvorrecht des Kommittenten.

Nach dem geltenden Depotgesetz vom 4. 2. 1937 ist die Pflicht zur Über-

sendung eines Stückerzeichnisses grundsätzlich nicht mehr an das Verlangen des Kommittenten gebunden (§ 18 (1) S. 1 DepG) 303). Eine Vereinbarung, dass die Übersendungspflicht von einem Verlangen des Kommittenten abhängig sein soll, kann nur getroffen werden, soweit dieser gewerbmässig Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt (§ 28 DepG).

b) Voraussetzungen der Übersendungspflicht

Die Verpflichtung zur Übersendung eines Stückerzeichnisses trifft den Kommissionär 304), der einen Auftrag zum Ankauf von Wertpapieren 305) ausgeführt hat.

Für die Entstehung der Übersendungspflicht ist es gleichgültig, ob das Eigentum an den Wertpapieren allein durch die Absendung des Stückerzeichnisses übertragen werden kann 306). Da die Entstehung der Übersendungspflicht an die Ausführung des Kommissionsauftrags geknüpft ist, entsteht die Verpflichtung zur Übersendung eines Stückerzeichnisses im Effektenkommissionsgeschäft der Banken, die nach Ziff. 29 (1) AGB stets durch Selbsteintritt ausführen, mit dem Wirksamwerden der Selbsteintrittserklärung 307).

c) Inhalt der Verpflichtung

Im Stückerzeichnis sind die Wertpapiere, die dem Kommittenten übereignet werden sollen, nach ihrer Art 308), Nennbetrag, Nummern oder sonstigen Bezeichnungsmerkmalen zu bezeichnen (§ 18 (1) S. 2 DepG). Die Bezeichnung hat so genau zu sein, dass eine Unterteilung der in dem Stückerzeichnis aufgeführten Wertpapiere in Arten nach der Verkehrsauffassung nicht mehr möglich ist 309).

Wie oben ausgeführt wurde 310), ist der selbsteintretende Kommissionär

303) Ausnahmen §§ 20-22 DepG.

304) § 31 DepG stellt klar, dass die Verpflichtung auch den selbsteintretenden Kommissionär trifft; dies war auch unter dem DepG v. 1896 unbestritten. Über die Verpflichtung bei kommissionsähnlichen Verhältnissen vgl. RGZ 104, 120; Opitz § 18 Anm. 3; Quassowski-Schröder § 18 B II 1.

305) I. S. d. DepG.

306) Vgl. Opitz § 18 Anm. 8 (a. E.); Quassowski-Schröder § 18 D I (a. E.); vgl. unten S. 65 ff..

307) Siehe oben S. 43.

308) Unschärf als Gattung bezeichnet. Vgl. Fussnote 6.

309) Vgl. Opitz § 18 Anm. 6.

310) Der selbsteintretende Kommissionär muss daher nicht, wie dies § 18 (1) S. 1 DepG vorsieht, die gekauften Stücke in das Verzeichnis aufnehmen. Entge-

jedoch nicht verpflichtet, die aus dem Deckungsgeschäft erlangten Wertpapiere in das Stückerverzeichnis aufzunehmen.

Einer Unterzeichnung des Stückerverzeichnisses bedarf es nicht, da § 18 DepG keine Schriftform vorschreibt (§ 126 (1) BGB). Es genügt, dass das Stückerverzeichnis erkennbar vom Kommissionär herrührt.

d) Die Übersendungsfrist

Der Kommissionär hat das Stückerverzeichnis unverzüglich 311), spätestens binnen einer Woche nach Kommissionsausführung zu übersenden (§ 18 (1) S. 1 DepG).

Diesem absoluten Zeitraum des § 18 (1) S. 1 DepG wird jedoch in § 18 (2) DepG ein sog. Beschaffungszeitraum dergestalt vorgeschaltet, dass bei einer Kommissionsausführung, bei der ein Dritter als Verkäufer namhaft gemacht wird, d. h. bei regulärer Kommissionsausführung, die Frist des § 18 (1) S. 1 DepG erst mit dem Erwerb 312) der Stücke zu laufen beginnt; andernfalls, d. h. soweit eine Namhaftmachung eines Dritten nicht erfolgt, beginnt die Frist in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Kommissionär die Stücke bei ordnungsgemäsem Geschäftsgang ohne schuldhafte Verzögerung bezogen oder das Stückerverzeichnis von einer zur Verwahrung der Stücke bestimmten dritten Stelle erhalten haben konnte.

Nach h. A. 313) findet die Bestimmung des § 18 (2) 2. Halbs. DepG auf den selbsteintretenden Kommissionär direkte Anwendung, da eine Namhaftmachung des Dritten im Falle des Selbsteintritts begrifflich unmöglich sei.

Diese direkte Anwendung des § 18 (2) 2. Halbs. DepG erscheint jedoch im Hinblick auf § 31 DepG, der eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 18-30 DepG für die Kommissionsausführung durch Selbsteintritt vorsieht, unzulässig zu sein. Daran vermag auch die Erwähnung des Begriffs "Selbsteintritt" in der amtlichen Begründung zu § 18 DepG nichts zu ändern.

Fortsetzung der Fussnote 310) von Seite 61

gen dem Wortlaut des § 18 (1) S. 1 DepG gilt dies nach h. L. grundsätzlich auch für die reguläre Kommissionsausführung. Vgl. Fussnote 277.

311) § 121 (1) S. 1 BGB.

312) Nach h. A. soll es unbeachtlich sein, ob der Kommissionär von diesem Erwerb Kenntnis hatte oder nicht, wie dies etwa bei der Übereignung durch Übersendung des Stückerverzeichnisses möglich ist. Die Folgen aus § 25 DepG könnten in diesem Fall nicht eintreten, da die Nichtübersendung vom Kommissionär nicht zu vertreten sei. Vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 136; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 13; Quassowski-Schröder § 18 C 1. A. A. Opitz § 18 Anm. 7 (S. 269 f.), der auf den tatsächlichen Erwerb abstellt.

313) Vgl. die in Fussnote 312 zitierten Fundstellen.

Eine derartige Auslegung war für § 7 DepG 96 angebracht, da dieses Gesetz eine § 31 DepG 37 entsprechende Bestimmung nicht enthielt, den Selbsteintritt aber einbeziehen musste, wenn es nicht sinnlos werden wollte. Für § 18 (2) 2. Halbs. DepG ist sie abzulehnen.

Schief ist auch die Begründung der h. A., die Vorschrift des § 18 (2) 2. Halbs. DepG sei deshalb anzuwenden, weil ein Dritter beim Selbsteintritt begrifflich nicht namhaft gemacht werden könne, damit aber der Tatbestand des § 18 (2) 2. Halbs. DepG gegeben sei. Nicht die Namhaftmachung des Dritten ist begrifflich unmöglich, sondern ein Dritter ist überhaupt nicht vorhanden, da ein Deckungsgeschäft ausserhalb des zwischen Kommissionär und Kommittenten bestehenden Rechtsverhältnisses abgewickelt wird.

Im Ergebnis besteht freilich kein Unterschied, da § 18 (2) 2. Halbs. DepG nach § 31 DepG auf die Selbsteintrittskommission entsprechend anzuwenden ist, da er in seinen Voraussetzungen dieser am nächsten kommt.

Die Frist nach § 18 (1) S. 1 DepG beginnt also im Falle des Selbsteintritts mit dem Ablauf des Zeitraums, innerhalb dessen der Kommissionär die Stücke bei ordnungsgemäsem Geschäftsgang ohne schuldhaftes Verzögerung beziehen oder ein Stückverzeichnis von einer zur Verwahrung der Stücke bestimmten dritten Stelle erhalten konnte (§§ 31, 18 (2) 2. Halbs. DepG).

Eine Abdingung dieser Fristen durch die Banken kann nicht angenommen werden. Eine derartige Abdingung, die nach § 28 DepG nur zugunsten des Kommittenten zulässig wäre, könnte man allenfalls darin erblicken, dass die AGB der Banken in Ziff. 30 die Börsenusancen des Ausführungsplatzes den Effektenge-
schäften mit Kunden zugrundelegen, diese jedoch an allen Börsen wesentlich kürzere Lieferfristen vorsehen 314).

Wenngleich die AGB, als deren Bestandteil die Börsenusancen insoweit erscheinen, eng und im Zweifel zugunsten des Kunden auszulegen sind 315), kann aus rein praktischen Erwägungen eine Abdingung in dieser Richtung nicht in Frage kommen, da eine Abwicklung gegenüber dem Kunden innerhalb dieser Fristen ganz unmöglich ist.

Die Bank wäre daher Ansprüchen aus § 25 DepG ausgesetzt, da sie als Schuldnerin einer artmässig bestimmten Schuld 316) ihr Unvermögen zur Leistung stets zu vertreten hätte (§§ 25 (1) S. 2 DepG, 279 BGB).

Eine Anwendung der Börsenusancen, die in erster Linie für Börseninnengeschäfte massgebend sein sollen, kommt insoweit nicht in Frage 317).

314) Z.B. in München 3 Tage nach Abschluss des Geschäfts.

315) Vgl. oben S. 30.

316) Vgl. Fussnoten 276, 277.

317) So auch Nussbaum Hdb. S. 596; unklar Schlechtriem S. 91 f., der die Börsenusancen wohl auch auf Börsenaussengeschäfte angewandt wissen will und Bernstein S. 416

e) Der Eigentumsübergang auf den Kommittenten

Sofern das Eigentum an den Wertpapieren nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt auf den Kommittenten übergegangen ist, geht es spätestens mit der Absendung 318) des Stückeverzeichnisses durch den Kommissionär 319) auf ihn über, sofern dieser zur Verfügung über die Wertpapiere berechtigt war (§ 18 (3) DepG) 320). Auf den Zugang des Stückeverzeichnisses beim Kommittenten kommt es nicht an. Die Eigentumsübertragung kann sich daher hier unbemerkt vom Kommittenten vollziehen, d. h. genauer gesagt, vom Kommittenten unbemerkt bleiben.

Voraussetzung des Eigentumsübergangs ist jedoch, dass das Stückeverzeichnis in Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Kommissionsvertrag übersandt wird 321). Im Zweifel spricht dafür eine Vermutung, da ansonsten im Ergebnis ein Eigentumsvorbehalt möglich wäre, der, wie die weiteren Ausführungen zeigen werden, ausgeschlossen ist.

Gleichgültig ist für die Frage des Eigentumsübergangs, ob der absendende Kommissionär Eigentum auf den Kommittenten übertragen wollte 322), bzw. ob er zum Zeitpunkt der Absendung bereits zur Übersendung des Stückeverzeichnisses verpflichtet war 323).

Wird ein Stückeverzeichnis über identische Wertpapiere an mehrere Kom-

318) Vgl. RGZ 95, 255 (257).

319) Wegen der Absendung durch hierzu nicht berechtigte Personen vgl. oben S. 56 f.; die dort entwickelten Grundsätze sind auch auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, wie die Übersendung des Stückeverzeichnisses anzuwenden.

320) War der Kommissionär nicht zur Verfügung berechtigt, so geht das Eigentum auf den Kommittenten erst dann über, wenn ihm die Wertpapiere übergeben werden und er zu diesem Zeitpunkt gutgläubig ist (§§ 933 BGB, 366 HGB). Wird der Kommissionär nachträglich Verfügungsberechtigt, so wirkt dies auf den Zeitpunkt der Absendung des Stückeverzeichnisses zurück (§§ 184 (1), 185 (2) BGB). Vgl. dazu Quassowski-Schröder § 18 D II 3; Opitz § 18 Anm. 8 (S. 272); Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 17; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 139; a. A. Düringer-Hachenburg Anh. zu § 406 Anm. 24.

321) Vgl. Ratz a. a. O.; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 18; Quassowski-Schröder § 18 D I; Riesser-Bernstein S. 155 Fussnote 2.

322) Ein Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB kann mit der Absendung des Stückeverzeichnisses nicht wirksam verbunden werden.

323) Vgl. Quassowski-Schröder a. a. O.; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 20; Wolff Hdb. S. 35 Fussnote 6; Düringer-Hachenburg Anh. zu § 406 Anm. 24; a. A. Schmidt-Rimpler S. 953.

mittenten abgesandt, so verschafft die erste Absendung Eigentum 324), bei gleichzeitiger Absendung oder soweit sich der Zeitpunkt der Absendung nicht mehr feststellen lässt, werden die Kommittenten, unbeschadet der weiterbestehenden Verpflichtung des Kommissionärs, ein ordnungsgemässes Stückerverzeichnis zu übersenden, Miteigentümer der betreffenden Stücke 325).

Die Übersendung des Stückerverzeichnisses ist ihrem Wesen nach, da der Eigentumsübergang unabhängig vom Willen des Kommissionärs, ja sogar gegen dessen Willen eintritt, nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern rechtsgeschäftsähnliche Handlung 326), auf welche die Vorschriften der §§ 104 ff. BGB entsprechende Anwendung finden. Möglich ist auch eine Anfechtung nach den §§ 29 ff. KO oder nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes.

Nach h. A. soll die Absendung des Stückerverzeichnisses bei Wertpapieren, für deren Übertragung besondere Erfordernisse bestehen, wie etwa Orderpapieren, vinkulierten Namensaktien, Kuxen und gewissen ausländischen Wertpapieren, z. B. shares-Zertifikaten, den Eigentumsübergang nicht bewirken 327). Zur Begründung wird ausgeführt, dass die mit der Natur dieser Wertpapiere unzertrennlich verbundenen Sondervorschriften weder durch das alte, noch das neue Depotgesetz aufgehoben werden sollten.

Diese Auffassung findet im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze. Aus § 18 (1) S. 1 DepG kann nicht entnommen werden, dass der Wertpapierbegriff hier enger gefasst sein soll als in § 1 DepG, der den Wertpapierbegriff i. S. d. Depotgesetzes umreisst. Eine derartige Beschränkung würde auch dem Grundsatz des Kundenschutzes, der in § 18 DepG am deutlichsten seinen Ausdruck gefunden hat, nicht Rechnung tragen. Wenn § 18 DepG zu dem Zweck geschaffen wurde, dem Einkaufskommittenten möglichst schnell Eigentum an den für ihn angeschafften Wertpapieren erwerben zu lassen, um ihm vor allem im Falle des Konkurses des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht zu verschaffen, dann ist nicht einzusehen, warum dieser Kundenschutz im Hinblick auf Vorschriften förmlichen Charakters durchbrochen werden soll. Weshalb diese Sondervorschriften mit der Natur dieser Wertpapiere unzertrennlich verbunden sein sollen, kann nicht ersehen werden, vor allem deshalb nicht, weil durch das Stückerverzeichnis ebenfalls eine gewisse Form gewahrt wird.

324) Vgl. Opitz § 18 Anm. 8; Quassowski-Schröder § 18 D II 1; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 21; P. Adler S. 77.

325) So die in Fussnote 324 Zitierten; a. A. lediglich P. Adler S. 78, der keinen Kommittenten Eigentümer werden lässt.

326) H. A.; vgl. statt vieler Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 137.

327) Vgl. RGZ 121, 48 (50); Riesser-Bernstein S. 156; Opitz § 18 Anm. 8 (a. E.); Quassowski-Schröder § 18 D I; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 138; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 19.

Die Verfolgung der gegenseitigen Ansicht würde auch zu dem Ergebnis führen, dass der Kommittent, dem ein Stückeverzeichnis über Orderpapiere übersandt wird, sich stets davon überzeugen müsste, ob das zur Übertragung erforderliche Indossament, bzw. eine Zession vorliegt. Damit wäre man aber einem möglichen Eigentumsvorbehalt des Kommissionärs bereits sehr nahegekommen.

Man wird daher den Eigentumsübergang auch bei derartigen Wertpapieren mit der Absendung des Stückeverzeichnisses eintreten lassen müssen 328).

Eine Ausnahme hiervon gilt lediglich für vinkulierte Namensaktien, zu deren Übertragung die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich ist (§ 61 (3) S. 1 AktG). Der Grund hierfür ist jedoch nicht darin zu sehen, dass die Zustimmung der Gesellschaft als förmlicher Akt vorliegen muss, um das Eigentum übergehen zu lassen, sondern darin, dass jeder Inhaber der vinkulierten Namensaktie zwar zur Veräußerung befugt ist, die Verfügungsbefugnis jedoch insoweit beschränkt ist, als zur Eigentumsübertragung die Mitwirkung der Gesellschaft erforderlich ist. Der Grund für den Nichtübergang des Eigentums ist daher in der Beschränkung des Verfügungsrechts des Kommissionärs zu sehen (§ 18 (3) DepG).

f) Befreiung von der Übersendungspflicht

Eine Befreiung von der Verpflichtung zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses tritt nach den bürgerlichrechtlichen Vorschriften bei nachträglicher, nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Lieferung der Stücke (§ 323 BGB), wirksamer Rücktrittserklärung nach § 326 BGB, vereinbarter Rückgängigmachung des Geschäfts (§ 305 BGB), sowie beim Widerruf des Kommissionsauftrag ein (§§ 675, 627 BGB) 329).

Darüber hinaus entfällt die Übersendungspflicht, wenn der Kommissionär die Stücke innerhalb der Übersendungsfrist 330) dem Kommittenten ausgeliefert hat 331) oder ein Auftrag des Kommittenten auf Wiederveräußerung 332) innerhalb dieser Frist ausgeführt worden ist (§ 23 DepG).

328) So auch Schmidt-Rimpler S. 953; Wolff Hdb. S. 36; Ulmer S. 78; Düringer-Hachenburg Anh. zu § 406 Anm. 23.

329) Vgl. die Darstellung der in Frage kommenden Fälle bei Opitz § 18 Anm. 9.

330) Die Einfügung dieser Fristbestimmung soll darauf hinweisen, dass die Rechte aus § 25 DepG unberührt bleiben. Erfolgt die nachträgliche Auslieferung innerhalb der Nachholungsfrist des § 25 (1) DepG oder erklärt der Kommittent nicht innerhalb der Frist des § 25 (3) DepG, dass er von den in § 25 (1) DepG bezeichneten Rechten Gebrauch macht, so hat der Kommissionär das Versäumte nachgeholt, sich wirksam von der Übersendungspflicht befreit. Dasselbe gilt für den Fall der berechtigten nachträglichen Wiederveräußerung. Vgl. Opitz § 23 Anm. 3; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 160.

331) Darunter ist die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen. Vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 159.

332) Darüber hinaus wird jede berechnigte Veräußerung den Tatbestand des § 23

In beiden Fällen wäre die Übersendung des Stückerzeichnisses eine blosse Förmlichkeit, da ein Lieferungsanspruch des Kommittenten nicht mehr besteht³³³).

Die in der Praxis weitaus bedeutsamere Befreiungsmöglichkeit gibt § 24 (1) 1. Halbs. DepG. Danach entfällt die Pflicht zur Übersendung eines Stückerzeichnisses, wenn der Kommissionär dem Kommittenten Miteigentum an entsprechenden, im Sammelbestand einer Wertpapiersammelbank verwahrten Wertpapieren verschafft.

Durch die Verschaffung von Miteigentum an Sammelbeständen anderer Verwahrer kann sich der Kommissionär nur bei ausdrücklicher und schriftlicher Zustimmungserklärung des Kommittenten für jedes einzelne Geschäft befreien (§ 24 (1) 2. Halbs. DepG) 334).

g) Aussetzung der Übersendung des Stückerzeichnisses

Die Pflicht zur Übersendung des Stückerzeichnisses, die im Interesse des Kommittenten einer Beschleunigung der Eigentumsverschaffung dienen soll, muss dann entfallen, wenn dem berechnigte Interessen des Kommissionärs entgegenstehen.

Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Kommittent mit seinen Verpflichtungen aus dem Kommissionsvertrag im Rückstand ist, d. h. den Kaufpreis und die sonstigen zu erstattenden Aufwendungen wie Provisionen, Maklercourtage, Börsenumsatzsteuer und ähnliches noch nicht erstattet hat.

Dem selbstintretenden Kommissionär hat zwar in diesen Fällen auch bisher nach bürgerlichem Recht ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB) 335), möglicherweise auch das pfandrechtlich ausgestaltete Zurückhaltungsrecht aus § 369 HGB 336) zugestanden, da er, sofern dies nicht vereinbart ist, zur Vorleistung nicht verpflichtet ist 337), was § 19 (1) DepG im Gegensatz zum bisher gel-

Fortsetzung der Fussnote 332) von Seite 66

DepG erfüllen, z. B. im Fall der Zwangsregulierung (vgl. RGZ 81, 437 (439)). Vgl. Opitz § 23 Anm. 4; Quassowski-Schröder § 23 B I 2; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 159; OLG Hamburg in BA 12, 63.

333) Allenfalls ein Eigentumsverschaffungsanspruch im Fall der hier möglichen Übergabe unter Eigentumsvorbehalt.

334) Der Erwerb des Miteigentums tritt nach § 24 (2) DepG jedoch auch in diesen Fällen ein.

335) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 141; Opitz § 19 Anm. 1; Quassowski-Schröder § 19 A (am Anfang); Riesser-Bernstein S. 153; Schmidt-Rimpler S. 950.

336) Daneben können die gesetzlichen und vertraglichen Pfandrechte bestehen.

337) Diese Frage war unter der Geltung des alten Depotgesetzes bestritten, wenn sie auch überwiegend bejaht wurde. Vgl. BA 26, 184 f. mit kritischer Anmerkung der Schriftleitung; BA 26, 397 (398); OLG Rspr. 34, 383; Riesser-

tenden Depotrecht 338) ausdrücklich klarstellt.

Nach § 19 (1) DepG ist der Kommissionär zur Aussetzung der Übersendung des Stückeverzeichnis dann befugt, wenn er wegen der Forderungen, die ihm aus der Ausführung des Auftrags zustehen, nicht befriedigt ist und auch nicht Stundung 339) bewilligt hat 340). Die Einstellung des Kaufpreises in das Kontokorrent gilt, jedenfalls i. S. d. § 19 (1) DepG, nicht als Stundung des Kaufpreises (§ 19 (1) S. 2 DepG).

Ihre Grenze findet die Aussetzungsbefugnis nach § 19 (5) DepG dort, wo die Aussetzung wegen der besonderen Umstände, insbesondere wegen der verhältnismässigen Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstossen würde.

Die Ausübung des Rechts zur Aussetzung der Übersendung des Stückeverzeichnis setzt jedoch voraus, dass der Kommissionär dem Kommittenten erklärt, dass er die Übersendung des Stückeverzeichnis und damit die Übertragung des Eigentums an den Wertpapieren bis zur Befriedigung wegen seiner Forderungen aus der Ausführung des Kommissionsauftrags aussetze (§ 19 (2) S. 1 DepG). Diese Erklärung, die für das einzelne Geschäft gesondert, ausdrücklich und schriftlich 341) abzugeben ist und nicht auf andere Urkunden verweisen darf, muss grundsätzlich binnen einer Woche nach Erstattung der Ausführungsanzeige abgesandt werden (§ 19 (2) S. 2 DepG).

Diese Frist, die begrifflich auf der Frist des § 18 (1) DepG aufbaut und damit von ihr abhängig ist, muss, sofern eine, allein zugunsten des Kommittenten zulässige 342), abweichende Vereinbarung getroffen ist, als im gleichen Sinn abgeändert angesehen werden. Ansonsten wäre nach Ablauf der Übersendungsfrist noch eine Aussetzungserklärung möglich, was Sinn und Zweck der Aussetzung widersprechen würde.

Fortsetzung der Fussnote 337) von Seite 67

Bernstein a. a. O.; Ratz a. a. O.; Quassowski-Schröder a. a. O.; Opitz SB XI, S. 223 f. = Festschrift für Pinner S. 360; Schmidt-Rimpler a. a. O. Fussnote 37 m. w. N.

338) Der entsprechende § 4 des Entwurfes zum Depotgesetz von 1896 wurde in die endgültige Fassung nicht übernommen; vgl. Quassowski-Schröder a. a. O..

339) Als Stundung i. S. d. § 19 (1) DepG ist auch die Einräumung einer Zahlungsfrist anzusehen; vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 143; a. A. für das alte Depotgesetz die Schriftleitung des BA in BA 26, 185.

340) Wegen der Beweislast vgl. Ratz a. a. O.; a. A. Quassowski-Schröder § 19 B II (a. E.); Opitz § 19 Anm. 4; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 35.

341) Sie bedarf daher der Unterschrift (§ 126 (1) BGB).

342) § 28 DepG.

Ihrer Rechtsnatur nach ist die Aussetzungserklärung empfangsbedürftige Willenserklärung 343). Dies folgt aus § 19 (2) S. 2 DepG. Wenn das Gesetz die Ausübung des Aussetzungsrechts daran knüpft, dass die Erklärung der Aussetzung in ganz bestimmten Formen erfolgt, weiter in § 19 (2) S. 1 DepG den Inhalt der Erklärung genau bestimmt, dann ist dies nur dann angebracht, wenn die Erklärung dem Kommittenten zugehen muss, um wirksam zu werden. Der Hinweis auf den dem Wortlaut des § 18 (3) DepG entsprechenden Wortlaut des § 19 (2) S. 2 DepG 344) schlägt nicht durch, da beide Vorschriften in erster Linie auf die Wahrung von Fristen abstellen, im Falle des § 18 (3) DepG dem Schutzbedürfnis des Kommittenten mit dem Eigentumserwerb genügt ist, während § 19 (2) S. 1 DepG den Kommittenten insoweit schützen will, als ihm der Grund der Aussetzung mitgeteilt werden muss.

Nicht notwendig ist es dagegen, dass die Aussetzungsanzeige innerhalb der Frist des § 19 (2) S. 2 DepG zugeht.

Die in Ziff. 1 (2) AGB vorgesehene Fiktion des Zugangs von Mitteilungen und die damit verbundene Gefahrenabwälzung auf den Kunden 345), kommt bezüglich der Aussetzungsanzeige nicht zur Anwendung, da hierin eine nach § 28 DepG unzulässige Abdingung einer zu Gunsten des Kommittenten aufgestellten Schutzvorschrift zu erblicken wäre.

Der Zugang der Aussetzungsanzeige bestimmt sich daher nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Zugang von Willenserklärungen (§§ 130-132 BGB).

Hat der Kommissionär wirksam die Aussetzung der Übersendung des Stückverzeichnis erklärt, so beginnt die Übersendungsfrist des § 18 (1) DepG frühestens in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Kommissionär wegen seiner Forderungen aus der Ausführung des Kommissionsauftrags befriedigt worden ist (§ 19 (3) DepG).

Für den Fall, dass Kommissionär und Kommittent im Kontokorrentverkehr nach § 355 HGB stehen, bestimmt § 19 (4) DepG, dass der Kommissionär wegen der ihm aus der Ausführung des Kommissionsvertrags zustehenden Forderungen als befriedigt gilt 346), sobald die Summe der Habenposten die der Sollposten zum erstenmal erreicht oder übersteigt (§ 19 (4) S. 1 DepG) 347). Hierbei sind alle

343) So auch Quassowski-Schröder § 19 B III; anderer Auffassung Opitz § 19

Anm. 6 (a. E.); Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 144.

344) Ratz und Opitz a. a. O.

345) Vgl. S. 42 f..

346) Die in § 19 (4) S. 1 DepG aufgestellte Fiktion ist nach der Lehre vom Staffellokontokorrent, der im Zweifel der Vorzug zu geben ist, überflüssig, da die Befriedigung danach ohnehin eintritt. Vgl. auch Grigat S. 190, 207 ff..

347) Für eine Anwendung des § 366 BGB ist im Kontokorrentverkehr kein Platz. Vgl. dazu Quassowski-Schröder § 32 B II 1d (a. E.); Opitz § 19 Anm. 8 (S. 286); RGZ 87, 434 (438).

Posten zu berücksichtigen, die mit Wertstellung auf denselben Tag zu buchen waren (§ 19 (4) S. 2 DepG). Führt der Kommissionär für den Kommittenten mehrere Konten, so ist allein das Konto massgebend, auf dem das Kommissionsgeschäft zu buchen war (§ 19 (4) S. 3 DepG).

Hat der Kommissionär irrtümlich angenommen, er sei befriedigt, z.B. wegen falscher Buchung oder falscher Wertstellung, und daraufhin ein Stückverzeichnis übersandt, so kann er weder anfechten (348), noch kondizieren (349).

Die wirtschaftliche Bedeutung der Bestimmung des § 19 DepG liegt darin, dass insbesondere dem Lokalbankier die Möglichkeit gegeben wird, die angeschafften Wertpapiere zu seiner Refinanzierung zu verwenden, indem er sich etwa gegenüber dem Zentralbankier mit der Gutschrift auf Wertpapierrechnung begnügt oder, soweit ihm die Wertpapiere übereignet worden sind, sie diesem als Sicherheit verpfändet. Einer Ermächtigung nach § 12 DepG bedarf er dazu nicht, da die Verwahrerplichten erst mit dem Eigentumserwerb des Kommittenten entstehen (§ 29 DepG) 350). Die Frage, ob die Wertpapiere dem Zentralbankier im Hinblick auf § 30 DepG ohne Ermächtigung des Kommittenten auf Depotkonto A 351) verpfändet werden dürfen 352), ist jedenfalls für die Selbsteintrittskommission zu bejahen 353), da hier kein Anspruch des Kommittenten auf Lieferung der aus dem Deckungsgeschäft erlangten Stücke besteht 354).

In der Praxis der grösseren Banken wird dagegen regelmässig von der Aussetzungsbefugnis nach § 19 (1) DepG kein Gebrauch gemacht, d. h. die Banken leisten vor.

348) § 119 (2) BGB greift nicht ein, da die Eigenschaft des Kommittenten, Schuldner oder Nichtschuldner des Kommissionärs zu sein, keine wesentliche Eigenschaft i. S. dieser Vorschrift ist. § 119 (1) BGB entfällt ebenfalls, da nur ein Irrtum im Beweggrund vorliegt; a. A. Opitz § 19 Anm. 8 (S. 287), obwohl seine Begründung ergibt, dass er diesen Irrtum ebenfalls als Irrtum im Beweggrund auffasst.

349) Durch die aufschiebende Einrede wird die Schuld nicht zur Nichtschuld i. S. d. § 813 (1) BGB.

350) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 141.

351) Auf dieses Konto werden Wertpapiere gebucht, die als eigene Wertpapiere des Pfandhinterlegers erscheinen und unbeschränkt verpfändet sind. Vgl. im einzelnen Opitz § 4 Anm. 8.

352) So grundsätzlich Opitz § 19 Anm. 2.

353) Für diesen Fall wohl auch zustimmend Quassowski-Schröder § 19 A (S. 211 f.) in Verbindung mit § 18 B I 1 und B III 1, § 31 C.

354) Vgl. oben S. 54 und Fussnote 310.

h) Übersendung des Stückeverzeichnis auf Verlangen

Während nach der Novelle zum Depotgesetz vom 21.11.1923 die Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnis von einem dahingehenden Verlangen des Kommittenten abhängig gemacht wurde, geht das geltende Depotgesetz von dieser Voraussetzung nur in den Ausnahmetatbeständen der §§ 20-22 DepG aus.

aa) Hat der Kommissionär einem Kommittenten, mit dem er im Kontokorrentverkehr (§ 355 HGB) steht, für die Geschäftsverbindung oder für begrenzte Zeit zugesagt, dass er in bestimmtem Umfang oder ohne besondere Begrenzung für ihn Aufträge zur Anschaffung von Wertpapieren auch ohne alsbaldige Berichtigung des Kaufpreises ausführen werde, so kann er sich dabei (355) vorbehalten (356), Stückeverzeichnisse erst auf Verlangen des Kommittenten zu übersenden (§ 20 (1) DepG).

Der Kommissionär muss sich also dem Kommittenten zur Vorleistung verpflichtet haben, wenn er mit der Übersendung des Stückeverzeichnis bis zu einem darauf gerichteten Verlangen abwarten will.

Voraussetzung für die Ausübung der Befugnis aus § 20 (1) DepG ist jedoch weiter, dass der Kommissionär bei Erstattung der Ausführungsanzeige, d.h. gleichzeitig (357), schriftlich mitteilt (358), dass er die Übersendung des Stückeverzeichnis und damit die Übertragung des Eigentums (359) an den Papieren erst auf Verlangen des Kommittenten ausführen werde. Die Vorbehaltsanzeige wird jedoch nur wirksam, wenn sie dem Kommittenten zugeht. Ziff. 1 (2) AGB gilt nicht (360).

355) Nicht erforderlich ist ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Vorbehaltsklärung und Kreditzusage. Der Vorbehalt kann der Kreditzusage nachfolgen, muss jedoch der Vorbehaltsanzeige nach § 20 (2) DepG vorausgehen, da der Kommittent, dem Stundung bewilligt ist, sonst mit dem Zugang des Stückeverzeichnis rechnen darf. Vgl. Opitz § 20 Anm. 3; Quassowski-Schröder § 20 B I 3; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 149; wohl auch Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 44.

356) Im Gegensatz zur Vorbehaltsanzeige nach § 20 (2) DepG ist für diese einseitige, empfangsbedürftige Erklärung eine Form nicht erforderlich. Der Beweis des Vorbehalts obliegt dem Kommissionär. Vgl. Ratz, Opitz und Quassowski-Schröder a. a. O. .

357) Nicht notwendig ist die Erklärung in der Ausführungsanzeige. Vgl. Opitz a. a. O.; Quassowski-Schröder § 20 B II; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 45; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 150.

358) Nach § 126 (1) BGB ist daher die Unterschrift erforderlich.

359) Der Hinweis auf diese Rechtsfolge ist Wirksamkeitsvoraussetzung. Vgl. Ratz a. a. O., sowie Opitz und Quassowski-Schröder, ebenfalls a. a. O. .

360) Vgl. oben S. 69.

Hat der Kommissionär den Vorbehalt wirksam erklärt, so ist er zur Übersendung eines Stückeverzeichnis erst dann verpflichtet, wenn der Kommittent dies schriftlich, unter genauer Bezeichnung der zu übereignenden Wertpapiere verlangt (§ 20 (3) S. 2 DepG).

Zur genauen Bezeichnung ist nach der h. A. 361) nur die Angabe der Wertpapierart, des Nennbetrags oder der Stückzahl erforderlich, nicht eine Spezifizierung i. S. der Angabe der Wertpapiernummern oder sonstiger Merkmale zur Bezeichnung der Identität. Dies sei dem Kommittenten auch gar nicht möglich, da die Übersendung des Stückeverzeichnis erst dieser Spezifizierung dienen soll.

Die h. A. übersieht dabei jedoch, dass eine derartige Bezeichnung dem Kommittenten von Anfang an möglich ist. Wenn § 20 (3) S. 2 DepG die genaue Bezeichnung verlangt, so wird dies in einem engeren Sinn aufzufassen sein. Man wird daher zur genauen Bezeichnung auf die vom Kommissionär abgegebene Ausführungsanzeige und die darin enthaltenen Daten, wie Wertpapiernummern, Ausführungsstag, Börsenkurs u. ä., zurückgreifen müssen.

Die Frist zur Übersendung des Stückeverzeichnis nach § 18 (1) DepG beginnt frühestens mit dem Zugang des Verlangens nach Übersendung des Stückeverzeichnis beim Kommissionär zu laufen (§ 20 (3) S. 1 DepG).

Über den Zeitpunkt, in dem das Verlangen vom Kommittenten erklärt werden muss, enthält das geltende Depotgesetz keine Bestimmungen. Der Kommittent kann daher grundsätzlich auch nach langer Zeit noch wirksam das Verlangen nach Übersendung des Stückeverzeichnis stellen. Seine Grenze findet dieses Recht wie jedes andere in dem Rechtsinstitut der Verwirkung. Da das Recht aus § 20 DepG jedoch unabdingbar ist (§ 28 DepG), die Annahme eines stillschweigenden Verzichts des Kommittenten daher nicht möglich ist, wird ein blosser Verstoß gegen Treu und Glauben im Rechtsverkehr nicht ausreichen, um das Recht als verwirkt anzusehen, sondern man wird einen Verstoß gegen § 826 BGB voraussetzen müssen 362).

Offen lässt § 20 (3) DepG auch die Frage, ob das Verlangen des Kommittenten nach Übersendung des Stückeverzeichnis bereits vor Zugang der Ausführungsanzeige geltend gemacht werden kann. Die h. A. bejaht dies, soweit dem Kommittenten eine genaue Bezeichnung der Papiere i. S. d. § 20 (3) S. 2 DepG möglich ist 363). Diese genaue Bezeichnung wäre dem Kommittenten nach den hierfür von der h. L. aufgestellten Anforderungen im Gegensatz zur hier vertrete-

361) Vgl. Opitz § 20 Anm. 4; Quassowski-Schröder § 20 C 2; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 151; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 47.

362) So Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 151.

363) Vgl. Quassowski-Schröder § 20 C 2; Opitz § 20 Anm. 4; Ratz a. a. O..

nen Auffassung stets möglich 364).

Auch aus der systematischen Eingliederung des Abs. 3 nach der in Abs. 2 getroffenen Bestimmung über die Gleichzeitigkeit der Erstattung von Vorbehalts- und Ausführungsanzeige, sowie aus dem Umstand, dass frühestens mit dem Zugang des Verlangens der Lauf der Frist zur Übersendung eines Stückverzeichnisses beginnt (§ 20 (3) S. 1 DepG), dessen Absendung dem Kommittenten Eigentum verschafft, ist zu schliessen, dass die Bestimmung des § 20 (3) S. 2 DepG davon ausgeht 365), dass ein Eigentumsverschaffungsanspruch des Kommittenten bereits bestehen muss, was den Zugang der Ausführungsanzeige voraussetzt 365).

bb) Treffen die Befugnisse des Kommissionärs aus § 19 und § 20 DepG zusammen, so kann er nach § 21 DepG beide Rechte geltend machen. Er muss dies aber dem Kommittenten schriftlich bei Erstattung der Ausführungsanzeige mitteilen, wobei die übrigen Erfordernisse der §§ 19, 20 DepG kumulativ Anwendung finden 366).

Ein derartiges Zusammentreffen der Befugnisse aus § 19 und § 20 DepG ist nur dann möglich, wenn der Zeitpunkt, zu dem der Kommissionär nach § 18 (1) DepG das Stückverzeichnis übersenden muss, nicht mehr in den Zeitraum fällt, für den eine etwaige Kreditzusage gilt, sei es, dass diese vereinbarungsgemäss oder wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kommittenten endete (§§ 321, 610 BGB), da andernfalls wegen der durch die Stundung begründeten Vorleistungspflicht des Kommissionärs eine Aussetzung der Übersendung des Stückverzeichnisses nicht in Frage kommt 367).

364) Vgl. auch die Begründung zu § 20 DepG, die u. a. folgendes ausführt: "Von diesem Vorbehalt darf er jedoch nur dann Gebrauch machen, wenn er bei der Erstattung der Ausführungsanzeige über das Geschäft, das er auf Grund der Vereinbarung ausgeführt hat, schriftlich mitteilt, er werde das Stückverzeichnis erst auf Verlangen übersenden und dabei auf die Folgen dieser Nichtübersendung hinweist. Der Kunde, dem an dem alsbaldigen Eigentumsübergang gelegen ist, kann alsdann seinerseits die Übersendung des Stückverzeichnisses schriftlich verlangen ...".

365) Vgl. oben S. 54.

366) Quassowski-Schröder § 21 C; Opitz § 21 Anm. 3; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 154.

367) So Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 153. Der Kommissionär muss freilich, sofern die Abgabe der Ausführungsanzeige noch innerhalb des für die Kreditzusage massgebenden Zeitraums erfolgt, klar ersehen können, dass die Absendung des Stückverzeichnisses keinesfalls mehr innerhalb dieses Zeitraums erfolgen kann. Ist dies nicht der Fall, so kann er nicht nach § 21 DepG vorgehen.

Quassowski-Schröder § 21 B und Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 45 lassen nicht erkennen, wann sie ein Zusammentreffen der Befug-

cc) Eine weitere Ausnahme von der grundsätzlichen Übersendungspflicht bringt § 22 DepG. Sollten die Wertpapiere 368) vereinbarungsgemäss im Ausland angeschafft und dort auch vereinbarungsgemäss 369) aufbewahrt werden, so ist der Kommissionär ebenfalls nur auf Verlangen des Kommittenten verpflichtet, ein Stückeverzeichnis zu übersenden (§ 22 (1) S. 1 DepG).

Sofern nach dem massgebenden ausländischen Recht 370) die Übertragung des Eigentums durch Übersendung eines Stückezeichnisses nicht möglich ist oder der Kommissionär nach § 19 (1) DepG 371) berechtigt ist, die Übersendung auszusetzen, entfällt die Berechtigung des Kommittenten, die Übersendung eines Stückezeichnisses zu verlangen (§ 22 (1) S. 2 DepG).

§ 22 DepG findet jedoch begrifflich nur dann Anwendung, wenn für die Verpflichtung des Kommissionärs deutsches Recht massgebend ist. Nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts ist mangels ausdrücklicher oder stillschweiger Vereinbarung das anzuwendende Recht durch den Ort bestimmt, an dem das Schuldverhältnis zu erfüllen ist 372).

Findet § 22 DepG Anwendung, so kann der Kommittent jederzeit die Übersendung eines Stückezeichnisses verlangen 373). Die Frist zur Übersendung des

Fortsetzung der Fussnote 367) von Seite 73

nisse aus § 19 und § 20 DepG als gegeben ansehen. Opitz § 21 Anm. 3 lässt, entgegen seinen Ausführungen in § 20 Anm. 3 und ohne Begründung, die Vorleistungspflicht des Kommissionärs in Wegfall kommen.

368) I. S. d. DepG. Über den Wertpapiercharakter ausländischer Werte vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 52; Simon BA 36, 293.

369) Das Einverständnis hierzu wird, soweit keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen ist, in der Regel unterstellt werden können; vgl. Opitz § 22 Anm. 3.

370) Nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts bestimmen sich die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs an beweglichen und unbeweglichen Sachen nach dem Recht der belegenen Sache; vgl. RGZ 103, 30 (31); Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 55; Opitz § 22 Anm. 2; Quassowski-Schröder § 22 C II 1; a. A. ohne Begründung RGZ 112, 27 (30).

371) Durch die alleinige Zitierung des § 19 (1) DepG soll lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass das Stückeverzeichnis nicht in jedem Fall auf das Verlangen hin zu übersenden ist. § 19 (2-5) DepG finden also Anwendung, nicht dagegen die §§ 20, 21 DepG; vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 156; a. A. Opitz § 22 Anm. 6.

372) Vgl. RGZ 103, 259 (261) m. w. N. . Die Vorfrage, welcher Ort Erfüllungsort ist, ist vom deutschen Richter nach deutschem Recht zu entscheiden; vgl. RGZ 95, 164 (166); BGHZ in BB 55, 462.

373) Wegen der Verwirkung vgl. oben S. 72.

Stückeverzeichnisses beginnt frühestens mit dem Zeitpunkt des Zugangs beim Kommissionär zu laufen (§ 22 (2) S.1 DepG).

Hinsichtlich der an das Verlangen des Kommittenten zu stellenden Anforderungen entspricht § 22 (2) S.2 DepG wörtlich § 20 (3) S.2 DepG, so dass auf die dazu gemachten Ausführungen verwiesen werden kann 374).

2. Übertragung des Miteigentums an einem Sammelbestand

Neben die bürgerlichrechtliche Möglichkeit, das Miteigentum an einem Sammelbestand zu übertragen 375), hat § 24 (2) S.1 DepG, entsprechend der Sonderform der Übertragung des Einzeleigentums in § 18 (3) DepG, eine Sonderform der Übertragung 376) gestellt, die in der Bankpraxis des bürgerlichrechtlichen Übertragung völlig verdrängt hat.

Nach § 24 (2) S.1 DepG vollzieht sich der Übergang des Miteigentums am Sammelbestand, soweit der Kommissionär Verfügungsberechtigt ist, durch die mit rechtsgestaltender Wirkung ausgestattete Eintragung des Übertragungsvermerks in das Verwahrungsbuch des Kommissionärs 377).

Eine besondere Form ist für den Übertragungsvermerk nicht vorgesehen. Der Vermerk muss lediglich den Inhaber, sowie Art und Höhe des Anteils ergeben.

Eines auf Übertragung des Miteigentums gerichteten Willens des Kommissionärs bedarf es nicht 378), doch ist auch hier wie in § 18 (3) DepG zu verlangen, dass der Kommissionär in Erfüllung seiner Pflichten aus dem Kommissionsvertrag handelt 379).

Da sich der Eigentumsübergang ohne Kenntnis des Kommittenten vollzieht, bestimmt § 24 (2) S. 2 DepG, dass der Kommissionär dem Kommittenten unverzüglich von der Verschaffung des Miteigentums Mitteilung zu machen hat 380).

374) Vgl. oben S. 72.

375) Vgl. oben S. 59.

376) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. zu § 424 Anm. 163; Quassowski-Schröder § 18 D I.

377) Vgl. BGHZ 5, 27 (33). Unbeachtlich ist, ob es sich um Miteigentum am Sammelbestand einer Wertpapiersammelbank oder dem eines anderen Verwahrers handelt. Diese Frage ist lediglich für die Befreiung von der Pflicht zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses von Bedeutung (§ 24 (1) DepG).

378) Es handelt sich hier, wie bei der Absendung des Stückeverzeichnisses (vgl. oben S. 65), um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Eine dem Eigentumsübergang widersprechende Erklärung, insbesondere ein Eigentumsvorbehalt, ist wirkungslos.

379) Vgl. oben S. 64.

380) Für den Eigentumsübergang ist die Mitteilung bedeutungslos. Ihre Unterlassung macht den Kommissionär aber gegebenenfalls schadensersatzpflichtig.

§ 9 RECHTE DES KOMMITTENTEN BEI NICHT ÜBERSENDUNG DES STÜCKEVERZEICHNISSES

Abweichend vom bürgerlichen Recht regelt § 25 DepG 381) die zivilrechtlichen Folgen der Nichtübersendung des Stückeverzeichnis und damit der Nichterfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht des Kommissionärs in einer den Bedürfnissen des Effektenkommissionsgeschäfts angepassten Weise.

Unterlässt der Kommissionär die Übersendung des Stückeverzeichnis, ohne hierzu nach den §§ 19 - 24 DepG befugt zu sein, und holt er das Versäumte auf eine nach Ablauf der Frist zur Übersendung des Stückeverzeichnis an ihn ergangene Aufforderung nicht binnen 3 Tagen nach, so ist der Kommittent berechtigt, das Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen (§ 25 (1) S. 1 DepG).

Die Aufforderung des Kommittenten ist formfrei. Sie kann jedoch nicht stillschweigend oder in schlüssiger Weise abgegeben werden 382). Sie muss unzweideutig sein 383) und erkennen lassen, hinsichtlich welcher Wertpapiere sie erfolgt 384).

Die Aufforderung ist, wie die Mahnung in § 284 (1) BGB, rechtsgeschäftsähnliche Handlung.

Ihre Wirksamkeit ist davon abhängig, dass sie dem Kommissionär nach Ablauf der Übersendungsfrist aus § 18 (1) DepG zugeht 385).

Entsprechend den bei der Anwendung des § 326 (1) S. 1 BGB entwickelten Grundsätzen ist die Aufforderung nach § 25 (1) S. 1 DepG dann entbehrlich, wenn eine ernstliche, jeden Zweifel ausschliessende 386), entschiedene 387) Weigerung des Kommissionärs vorliegt, das Stückeverzeichnis zu übersenden 388).

381) Entsprechend § 4 DepG 96.

382) Vgl. RGZ 142, 314 (316).

383) Vgl. RG BA 15, 101; ähnl. RGZ a. a. O..

384) Vgl. Opitz § 25 Anm. 4; Quassowski-Schröder § 25 B I 2.

385) Vgl. RGZ 48, 7 (9); Opitz § 25 Anm. 4 (S. 320); Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 167; Quassowski-Schröder § 25 B I 2. Eine Pendeuz tritt nicht ein. Darin liegt eine gewisse Gefahr für den Kommittenten, da dieser den Ablauf der Übersendungsfrist nur vermuten kann. Eine andere Auslegung ist nach dem Wortlaut des § 25 (1) S. 1 DepG jedoch nicht möglich.

386) Vgl. RGZ 52, 150 (153).

387) Vgl. RGZ 51, 347 (350); 65, 177 (182).

388) Vgl. Opitz § 25 Anm. 4; Quassowski-Schröder § 25 B I 2; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 167; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 57.

Nach Zugang der Aufforderung gibt das Gesetz dem Kommissionär die Möglichkeit, binnen 3 Tagen das Versäumte nachzuholen 389). Eines Hinweises auf diese Frist, wie auch auf die Folgen der Nichtbeachtung der Aufforderung, bedarf es nicht, doch kann der Kommittent eine für den Kommissionär günstigere Nachholungsfrist festsetzen 390).

Zur Wahrung der Nachholungsfrist genügt die Absendung des Stückerzeichnisses, da mit ihr das Eigentum an den Wertpapieren übergeht (§ 18 (3) DepG) und damit der durch § 25 DepG angestrebte Erfolg eintritt 391).

Diese Rechtslage birgt notwendig die Gefahr in sich, dass der Kommissionär regelmässig, ohne hierzu nach den §§ 19-24 DepG befugt zu sein, mit der Übersendung des Stückerzeichnisses so lange wartet, bis ihm eine darauf gerichtete Aufforderung des Kommittenten zugeht. Damit wäre aber ein Zustand erreicht, der dem durch die Novelle zum Depotgesetz v. 1923 geschaffenen im Ergebnis entspricht 392). Der Kommissionär setzt sich jedoch damit einmal der Gefahr aus, im Falle seiner Zahlungseinstellung oder der Konkurseröffnung über sein Vermögen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden (§ 37 DepG), zum anderen kann er wegen verspäteter Erfüllung auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, da er das Stückerverzeichnis unverzüglich, spätestens binnen 1 Woche nach Auftragsausführung zu übersenden hat (§ 18 (1) DepG).

Hat der Kommissionär innerhalb der Nachholungsfrist das Versäumte nicht nachgeholt 393) und beruht die Unterlassung auf einem Umstand, den der Kommissionär zu vertreten hat (§ 25 (1) S. 2 DepG), so kann der Kommittent von den ihm in § 25 (1) S. 1 DepG eingeräumten Rechten nur Gebrauch machen, sofern er dies dem Kommissionär binnen 3 Tagen nach Ablauf der Nachholungsfrist durch formfreie 394), empfangsbedürftige Willenserklärung erklärt 395).

Eine Zurückweisung des Geschäfts, als nicht für Rechnung des Kommittenten geschlossen, kommt bei der Selbsteintrittskommission, bei der das Deckungsgeschäft auf Rechnung des Kommissionärs abgeschlossen wird, nicht in Frage. Die Zurückweisung hat hier die Bedeutung, dass die rechtlichen Folgen der Selbst-

389) Oder sich nach den §§ 23, 24 DepG von der Übersendungspflicht zu befreien.

390) Vgl. RGZ 104, 119 (121); Opitz § 25 Anm. 4; Quassowski-Schröder § 25 B I 2; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 167.

391) Vgl. RGZ 95, 255 (257 f.).

392) Vgl. Opitz § 25 Anm. 4 (S. 322).

393) Vgl. S. 77 und Fussnote 389.

394) Vgl. S. 76.

395) Vgl. Opitz § 25 Anm. 4 (S. 323); Quassowski-Schröder § 25 B II 1; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 169. Die Erklärung kann aber bereits mit der Aufforderung zur Nachholung der Übersendung des Stückerzeichnisses verbunden werden.

eintrittserklärung abgelehnt werden 396). Will der Kommittent auch Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen, so kann dies getrennt von der Zurückweisungserklärung erfolgen. Die in § 25 (2) DepG vorgeschriebene Frist ist jedoch einzuhalten 397).

Hat der Kommittent es versäumt, sich innerhalb der Frist des § 25 (2) DepG zu erklären, so kann er erneut nach § 25 (1) S. 1 DepG vorgehen 398).

Die Erklärung der Zurückweisung der Rechtsfolgen der Selbsteintrittserklärung lässt, wie im Fall des § 385 (1) HGB 399), den Kommissionsvertrag unberührt 400). Die durch diesen begründeten Rechte und Pflichten bleiben bestehen. Insbesondere kann der Kommittent weiterhin Erfüllung des Kommissionsvertrags verlangen.

Die Nichtnachholung der Übersendung des Stückerzeichnisses durch den Kommissionär begründet jedoch für den Kommittenten regelmässig ein Kündigungsrecht, wobei die Kündigung im Einzelfall bereits in der Zurückweisung des Geschäfts liegen kann. Im Zweifel wird man dies jedoch verneinen müssen, vor allem im Hinblick darauf, dass durch die Kündigung möglicherweise bestehende Vorrechte nach § 32 (1) DepG entfallen würden.

Ist der Kommissionär der Aufforderung des Kommittenten, die Übersendung des Stückerzeichnisses nachzuholen, nur teilweise nachgekommen, so kann der Kommittent die Rechte aus § 25 (1) S. 1 DepG im Zweifel nur hinsichtlich des nichterfüllten Teils geltend machen, da der Auftrag zum Kauf von Wertpapieren regelmässig auf ein teilbares Geschäft gerichtet ist. Dies gilt auch dann, wenn der Auftrag nicht auf den Kauf von Wertpapieren ein und derselben Art gerichtet ist 401).

396) Vgl. Schmidt-Rimpler S. 954.

397) Vgl. Opitz § 25 Anm. 4 (S. 322).

398) Bei Vorliegen einer ernsthaften Weigerung des Kommissionärs, ein Stückerzeichnis zu übersenden (vgl. oben S. 76 a.E.), beginnt die Frist aus § 25 (2) DepG begrifflich nicht zu laufen, soweit eine Aufforderung zur Nachholung nicht erfolgte. Hat der Kommissionär die Weigerung erst nach Erhalt der Aufforderung erklärt, so bedarf es infolge dieser Erklärung ebenfalls keiner erneuten Aufforderung, wenn der Kommittent die Frist aus § 25 (2) DepG ungenützt verstreichen liess.

399) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 385 Anm. 6; Ratz in RGRK z. HGB § 385 Anm. 6.

400) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 168; Quassowski-Schröder § 25 C 1; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 61; Schmidt-Rimpler S. 954; RGZ 65, 177 (182); a. A. Opitz § 25 Anm. 4 (S. 322), unrichtig zitiert bei Ratz a. a. O. .

401) Vgl. RGZ 73, 244 (249); Quassowski-Schröder § 25 B II 1 (a.E.); Opitz § 25 Anm. 4 (S. 323); Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 168.

§ 25 DepG regelt die zivilrechtlichen Folgen der Nichtübersendung des Stückeverzeichnis mit ausschliessender Wirkung 402). Eine Anwendung des § 326 BGB ist daher neben der Sondervorschrift des § 25 DepG, soweit es sich um die Nichterfüllung der Pflicht zur Übersendung eines Stückeverzeichnis und damit der Eigentumsverschaffung 403) handelt, nicht möglich 404).

Unberührt von § 25 DepG bleibt das Recht des Kommittenten, Schadensersatz wegen Verletzung der Pflicht zur unverzüglichen Übersendung des Stückeverzeichnis (§ 18 (1) S.1 DepG) zu fordern (§ 286 BGB) 405).

§ 10 ERFÜLLUNGORT UND ERFÜLLUNGSZEIT

Nach den allgemeinen Vorschriften des BGB über den Erfüllungsort ist Erfüllungsort des durch das Wirksamwerden der Selbsteintrittserklärung entstandenen Kaufverhältnisses hinsichtlich der Verpflichtungen des Kommissionärs der Ort seiner gewerblichen Niederlassung z. Zt. der Entstehung des Schuldverhältnisses, hinsichtlich der Verpflichtungen des Kommittenten dessen zu diesem Zeitpunkt bestehender Wohnsitz oder Niederlassungsort (§ 269 BGB) 406).

Vielfach wird allerdings eine, eventuell stillschweigende, Vereinbarung oder eine Verkehrssitte dahingehend vorliegen, dass auch für die Verpflichtungen des Kommittenten der Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Kommissionärs Erfüllungsort sein soll. Die AGB der Privatbanken 407) haben eine ausdrückliche Regelung in dieser Richtung getroffen. Ziff. 26 S.1 der AGB bestimmt, dass die Geschäftsräume der kontoführenden Stelle der Bank für beide Teile Erfüllungsort sind.

402) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 61; Quassowski-Schröder § 25 C 2; Ratz a. a. O.; Seuff. A. 88, 315.

403) Nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. oben S. 65 f.) bewirkt die Absendung des Stückeverzeichnis bei allen Wertpapieren i. S. d. DepG den Eigentumsübergang. Soweit die Zustimmung der AG. bei vinkulierten Namensaktien verweigert wird, der Eigentumsübergang wegen der insoweit fehlenden Verfügungsbefugnis des Kommissionärs nicht eintritt, handelt es sich um einen Fall der Unmöglichkeit (vgl. unten S. 80 ff.).

404) Allenfalls im Rahmen der Rechtsanalogie bei positiver Forderungsverletzung, die z. B. in der Verweigerung eines Stückeverzeichnis zu erblicken ist; vgl. RGZ 73, 244 (246); Quassowski-Schröder § 25 C 2.

405) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 169.

406) Vgl. Schmidt-Rimpler S. 1047; Ritter § 400 Anm. 5d aa; Schlegelberger-Hefermehl § 383 Anm. 29, 30, § 400 Anm. 33.

407) Eine entsprechende Regelung enthalten auch die Geschäftsbedingungen der sonstigen Kreditinstitute.

Während § 271 BGB im Zweifel eine sofortige Erfüllung vorsieht, bestimmt sich die Erfüllungszeit für Effektenkommissionsgeschäfte in Wertpapieren i. S. des Depotgesetzes, unter welchen Begriff alle nach Ziff. 29 (1) AGB im Wege des Kommissionsgeschäfts gehandelten Wertpapiere fallen, nach dem für die Pflicht zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses massgebenden Zeitpunkt. Eine abweichende Vereinbarung der Erfüllungszeit kann daher nur zugunsten des Kommittenten getroffen werden (§ 28 DepG).

§ 11 UNMÖGLICHKEIT UND MÄNGELHAFTUNG

I. UNMÖGLICHKEIT

Eine anfängliche, objektive Unmöglichkeit, die die Nichtigkeit des Kommissionsvertrags zur Folge hätte (§ 306 BGB), kommt bei Wertpapieren nur insoweit in Frage, als das wirtschaftlich den Gegenstand des Kaufverhältnisses darstellende, im Wertpapier verkörperte Recht, seiner Art nach rechtlich unmöglich ist, d. h. nach der Rechtsordnung überhaupt nicht entstehen kann.

War die Begründung eines derartigen Rechts dagegen möglich und ist es nur tatsächlich nicht entstanden, so dass die Übertragung ebenfalls von Anfang an objektiv unmöglich war, so greift die Sonderregelung des § 437 BGB ein undbürdet dem Verkäufer unter Aufrechterhaltung des Vertrags auch die Haftung für den rechtlichen Bestand auf 408).

Wird die dem Kommittenten vom Kommissionär geschuldete Leistung nachträglich unmöglich, so tritt eine Befreiung des Kommissionärs von der Pflicht zur Leistung nur ein, sofern er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat (§§ 323 (1), 275, 276 (1) S. 1 BGB).

Da der selbsteintretende Kommissionär nur zur Leistung aus einer bestimmten Wertpapierart verpflichtet ist 409), hat er bis zur Konkretisierung des Leistungsgegenstands nach § 243 (2) BGB sein Unvermögen zur Leistung, solange die Leistung aus der Wertpapierart möglich ist, auch dann zu vertreten, wenn ihn kein Verschulden trifft (§ 279 BGB).

Eine besondere Rolle spielen in diesem Zusammenhang die vinkulierten Namensaktien. Nach § 61 (3) S. 1 AktG 410) kann die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Aktiengesellschaft gebunden werden. Verweigert diese die Zustimmung, so ist die Übertragung der Namensaktie auf den Dritten unwirksam, während das schuldrechtliche Geschäft, sofern es nicht aufschiebend

408) Vgl. RGZ 68, 292 (293 f.); 73, 210 (211); 86, 210 (213); 90, 240 (244).

409) Vgl. oben S. 54.

410) Entspr. § 63 (2) des Referentenentwurfs eines Aktiengesetzes.

oder auflösend bedingt ist, davon unberührt bleibt 411).

Eine Erfüllung der durch die Selbsteintrittserklärung des Kommissionärs begründeten Pflichten ist diesem damit nachträglich objektiv unmöglich geworden 412).

Da diese Unmöglichkeit auf einem Umstand beruht, den weder der Kommittent 413), noch der Kommissionär 414) zu vertreten hat, bestimmen sich die Folgen dieser Unmöglichkeit nach § 323 BGB.

Der Umstand, dass der Kommittent um die Vinkulierung wusste, ändert hieran jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des § 439 (1) BGB nichts 415), da die Unmöglichkeit vom Kommissionär ja ohnehin nicht zu vertreten ist 416).

Man wird jedoch, sofern der Kommittent von der Vinkulierung Kenntnis hatte, davon auszugehen haben, dass die Geltendmachung von Rechten aus § 323

411) Weder die Mitgliedschaftsrechte, noch das Eigentum an der Aktienurkunde gehen über; vgl. RG JW 1928, 1552 Nr. 1; RGZ 123, 280 (284); 132, 149 (157); LZ 1919, Sp. 534; BA 31, 411. Weiter v. Godin-Wilhelmi § 61 Anm. 13; Fischer in Großkom. z. AktG § 61 Anm. 18; Schlegelberger-Quassowski § 61 Anm. 10. Eine bloss relative Unwirksamkeit i. S. d. § 135 BGB wird nicht angenommen, da § 135 BGB, jedenfalls seinem Wortlaut nach, nur auf gesetzliche Veräußerungsverbote Anwendung findet; vgl. Ulmer in Festgabe für Schmidt-Rimpler S. 272. Man wird die Zustimmung wohl auch als Rechtsbedingung der Wirksamkeit der Übertragung aufzufassen haben; vgl. Hachenburg-Schilling § 15 Anm. 56.

412) Vgl. Lehmann in ZHR 51, 376; Staub-Pinner § 222 Anm. 3.

Fischer a. a. O.; Baumbach-Hueck § 61 Anm. 4 C.

Da die Gründe für die Verweigerung regelmässig in der Person des Käufers zu erblicken sind, wäre auch keinem anderen Verkäufer eine Erfüllung möglich. Der Umstand, dass die AG. ihre erste Entscheidung umstossen und dadurch den Eigentums- und Rechtsübergang wirksam werden lässt, sofern der Übertragungswille noch gegeben ist, vermag die Unmöglichkeit nicht als vorübergehende zu qualifizieren, da ein derartiges Vorgehen der AG. ausserhalb jeder Erwartung liegt; Vgl. Enneccerus-Lehmann § 46 IV.

413) Freilich ist der Grund für die Verweigerung regelmässig in der Person des Käufers zu erblicken.

414) In der Regel liegt die Entscheidung der AG. ausserhalb der Einflussphäre des Kommissionärs. § 279 BGB findet keine Anwendung, da es sich, wie ausgeführt wurde, um einen Fall objektiver Unmöglichkeit handelt und § 279 BGB darüber hinaus auf völlig anderen Sachverhalt abstellt.

415) Es kann daher dahingestellt bleiben, ob § 439 (1) BGB im vorliegenden Fall Anwendung findet, was wohl zu verneinen wäre; vgl. RGRK z. HGB § 439 Anm. 1; Staudinger-Ostler § 439 Anm. 3.

416) So v. Berenburg-Gossler in BB 1954, S. 429, der allerdings von einem Mangel im Recht ausgeht.

BGB nach dem Willen der Kaufvertragsparteien für den Fall ausgeschlossen sein soll, dass die AG. die Zustimmung zur Übertragung verweigert 417). Ein gegen- teiliger Wille des Kommittenten, der dem Kommissionär ohne wirtschaftliche Berechtigung einseitig das Risiko aufbürden würde, würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr verstossen. Einer Berufung auf einen treuwidrigen Willen wäre aber die Wirksamkeit zu versagen 418).

Wenngleich man weiter davon auszugehen hat, dass es dem Kommittenten in gleicher Weise wie dem Kommissionär möglich ist, von der Vinkulierung Kenntnis zu erlangen, z.B. durch Einsichtnahme in die Satzung der AG. oder durch Anfrage beim Kommissionär, so kann man doch das Kennenkönnen nicht der Kenntnis gleichsetzen 419). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Verpflichtung des selbsteintretenden Effektenkommissionärs grundsätzlich auf Eigentums- verschaffung an der Aktienurkunde und Verschaffung des darin verbrieften Rechts gerichtet ist. Davon ist auch bei Geschäften über vinkulierte Namensaktien keine Ausnahme zu machen 420). Die Auftragsformulare lassen denn auch nicht erken- nen, dass eine von den allgemeinen Verkäuferpflichten abweichende Regelung getroffen werden soll. Nach der ganzen Sachlage wäre es daher die Pflicht des Kommissionärs, den Kommittenten auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass die AG. ihre Zustimmung zur Übertragung verweigern kann, wenn er sich nicht An- sprüchen aus § 323 BGB, evtl. sogar Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung seiner Beratungspflicht, aussetzen will 421).

417) Vgl. Ulmer in Festgabe für Schmidt-Rimpler S. 271; Nussbaum in JW 1932, 3180; Düringer-Hachenburg § 222 Anm. 6; Rospatt in BA 30, 198; Koch ebenda S. 274; Möhring in BB 1953, 773 (775) Weiter RGZ 132, 149 (157); Schiedsspruch des Berliner Börsenvorstands v. 22.1.1930 in WuR 1930, S. 1; KG ebenda S. 79. Im Ergebnis gleich auch v. Berenberg-Gossler a. a. O.

418) Vgl. v. Godin in RGRK z. HGB § 346 Anm. 17d (S. 64).

419) Der vom KG in WuR, S. 79 gebrachte Hinweis, dass in der Regel aus der Aktienurkunde die Vinkulierung ersichtlich sei, ist weitgehend unbehelflich, da der Kunde beim ersten Geschäft in bestimmten vinkulierten Namensaktien diese regelmässig nicht in Händen hat, bei späteren Geschäften die Kennt- nis nur dann gegeben ist, wenn die ausgelieferten Stücke die Vinkulierung erkennen liessen (vgl. 61 (3) AktG, der wie die durch ihn ersetzte Bestim- mung des alten § 180 (3) HGB die Kennzeichnung der AG. freistellen).

420) In Geschäften über vinkulierte Namensaktien eine atypische Obligation zu erblicken, erscheint nach der Fassung der Ziff. 29 AGB nicht möglich; a. A. der Schiedsspruch des Berliner Börsenvorstands v. 22.1.1930 in WuR 1930, S. 1 und KG ebenda S. 79; dagegen bereits Koch in BA 30, 274 (275) und Düringer-Hachenburg § 222 Anm. 6. Ablehnend auch Möhring in BB 1953, 773 (775).

421) Vgl. Koch a. a. O..

Eine von diesen allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung gilt nach den Börsenunsancen, die primär nur für Geschäfte zwischen Börsenbesuchern gelten 422) und in den wichtigsten Punkten in den Börsenbedingungen schriftlich niedergelegt sind. So bestimmt § 21 der Frankfurter Börsenbedingungen:

Ist die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden (§ 61 (3) AktG) oder können die Rechte des Erwerbers erst nach Eintragung in das Aktienbuch ausgeübt werden (§ 63 (3) AktG), so gibt die Verweigerung der Zustimmung oder der Umschreibung dem Käufer keinen Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises oder auf Schadensersatz, es sei denn, dass die Genehmigung wegen eines den Indossamenten anhaftenden Mangels verweigert wird.

Da die Usancen des Ausführungsplatzes auch für das Verhältnis zwischen Bank und Kunden massgebend sein sollen (Ziff. 30 (2) AGB), sind daher Ansprüche des Kunden, soweit eine derartige Klausel in den Börsenbedingungen enthalten ist, im vorgesehenen Umfang ausgeschlossen. Da diese Klausel als Bestandteil der AGB jedoch eng auszulegen ist, kann daraus nicht das Recht der Bank abgeleitet werden, weiterhin die Leistung des Kaufpreises vom Kommittenten verlangen zu können. Insoweit haben die oben entwickelten Grundsätze Platz zu greifen 423).

Dagegen wird man die Anwendung dieser Börsenusance dann ablehnen müssen, wenn sie nicht in den Börsenbedingungen schriftlich niedergelegt worden ist 424). Es kann hier dem Kunden nicht zugemutet werden, nachzuforschen, ob und welche besonderen Börsenunsancen für die Abwicklung von Geschäften in vin- kulierten Namensaktien bestehen. Es ist insoweit der für Verweisungen auf Geschäftsbedingungen entwickelte Grundsatz heranzuziehen, dass die Verweisung die Geltung nur dann herbeiführt, wenn dem Angesprochenen die Möglichkeit gegeben ist, von den betreffenden Bestimmungen in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen 425).

Der obiger Klausel der Börsenbedingungen entsprechende § 16 der Usancen der Ständigen Kommission für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten kann auf Geschäfte in zum amtlichen Handel zugelassenen Wertpapieren keine Anwendung finden, da er im Hinblick auf Ziff. 30 (2) AGB Bestandteil der AGB der Banken ist, damit eine erweiternde Auslegung nicht möglich ist 426) 427).

422) Vgl. Nussbaum Hdb. S. 554.

423) Vgl. S. 81 ff..

424) Eine andere Beurteilung ergibt sich begrifflich, wenn der Kunde um das Bestehen dieser Usance wusste. Die Beweislast hierfür trägt die Bank.

425) Vgl. oben S. 27.

426) Vgl. Koch in BA 30, 274 (275 f.); Rospatt ebenda, S. 202.

427) Zu weitgehend erscheint die Auffassung von Möhring in BB 1953, 773 (775) und v. Berenburg-Gossler in BB 1954, 427 (429), die die Börsenbedingungen

In der Praxis verwischt sich die Schärfe dieses Problems dadurch, dass sich der Erwerber vielfach nicht um die Zustimmung der AG. bemüht oder sich im Falle ihrer Verweigerung damit begnügt, dass die Aktie wirtschaftlich zu seinem Vermögen gehört 428), ihn die Gewinne und Verluste aus Kursänderungen treffen 429). So wird auch im Zweifel der Wille der Parteien darauf gerichtet sein, die selbstständig abtretbaren, aus der Mitgliedschaft folgenden Vermögensrechte auf den Käufer zu übertragen 430). Dies gilt insbesondere für die Ansprüche auf die Dividende und den Liquidationserlös. Ausgeschlossen bleibt der Käufer von den Mitverwaltungsrechten, da die Vinkulierung u. a. dem Schutz der AG. vor einer Einflussnahme dienen soll 431).

Der wirtschaftlichen Zugehörigkeit der Aktie zum Vermögen des Käufers entspricht es auch, dass dieser jederzeit in der Lage ist, sie weiterzuveräußern. Konstruktiv wird man dabei davon auszugehen haben, dass der letzte Buchaktionär eine übertragbare Ermächtigung zur Weiterveräußerung erteilt hat, die von Nachmann auf Nachmann weiterübertragen wird. Die Folge ist, dass bei Erteilung einer beantragten Zustimmung das Eigentum an der Aktienurkunde und die nicht selbstständig übertragbaren Rechte unmittelbar vom letzten Buchaktionär auf den letzten Käufer übergehen (§ 185 BGB) 432).

Im übrigen kann man davon ausgehen, dass die AG. eine Zustimmung nur ausnahmsweise verweigern wird, da sie sonst in Gefahr läuft, dass die Zulassung ihrer Aktien zum Börsenhandel zurückgenommen wird. Die Börsenzulassungsstellen machen die Zulassung von vinkulierten Namensaktien zum amtlichen Börsenhandel 433) nämlich von einer Erklärung der AG. abhängig, dass die Zustimmung

Fortsetzung der Fussnote 427) von Seite 83

ohne Einschränkung angewandt wissen wollen. Fischer in Grosskom. z. AktG § 61 Anm. 18 hält die Klausel für bedenklich und will im Einzelfall über § 242 BGB helfen.

428) Vgl. Ulmer in Festgabe für Schmidt-Rimpler S. 271 u. 277; v. Godin-Wilhelmi § 61 Anm. 6; v. Berenberg-Gossler in BB 1954, 427 (428).

429) Vgl. Ulmer a. a. O. S. 271; v. Godin-Wilhelmi a. a. O.; vgl. auch die Regelung in § 16 der Usancen der Ständigen Kommission für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten, der einen Verkauf nach Weisung und für Rechnung des Käufers vorsieht.

430) Vgl. Ulmer a. a. O. S. 271.

431) Vgl. Ulmer a. a. O.; eine Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht ist nicht zulässig. H. A.; Vgl. RGZ 132, 149 (157); Rospatt in BA 30, 198; Fischer in Grosskom. z. AktG Anm. 18; Ulmer a. a. O. S. 272 Fussnote 21; a. A. Schiedsspruch (vgl. Fussnote 420).

432) Vgl. Ulmer a. a. O. S. 272; Fischer in Grosskom. z. AktG § 61 Anm. 19 (zusammenfassend).

433) Entsprechendes gilt für die Zulassung zum geregelten Freiverkehr.

zur Übertragung nur aus wichtigen Gründen versagt werden wird 434). Einen Vertrag zugunsten Dritter kann man in dieser gegenüber der Zulassungsstelle abzugebenden Erklärung nicht erblicken. Die Zulassung erfolgt nicht auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags zwischen Zulassungsstelle und Antragsteller, sondern kraft öffentlichen Börsenrechts 435).

Desgleichen kann man den handelsrechtlichen Gewohnheitsrechtssatz nicht heranziehen, dass der Kaufmann an Erklärungen, die er der Öffentlichkeit gegenüber in handelsüblicher Weise abgibt, gegenüber gutgläubigen Dritten gebunden ist 436). Diese Bindung kann begrifflich nicht weiter gehen, als die Bindung, die durch vertragliche Vereinbarung eingegangen werden kann. Eine Verpflichtung der AG., für eine Vielzahl nicht überschaubarer Fälle die Zustimmung zu erteilen und damit im Ergebnis die in der Satzung angeordnete Vinkulierung aufzuheben, ist nach h. A. nicht möglich 437).

Auch die Erwägung, dass die Vertretungsmacht des Vorstands und die Verpflichtungsfähigkeit der AG. nach deutschem Recht unbeschränkt sind, steht dem nicht entgegen. Dieser Grundsatz gilt zwar für Verkehrsgeschäfte aller Art mit Dritten, nicht aber für sozialrechtliche Akte, deren Vornahme ins Ermessen eines Gesellschaftsorgans gestellt ist. Wenn es aber sonach ausser Zweifel steht, dass die AG. eine Verpflichtung zur Änderung der Satzung nicht eingehen kann, dann muss dies wesensmässig auch für eine allgemein erklärte Zustimmung zu Übertragungsgeschäften gelten 438).

II. MÄNGELHAFTUNG

Das auf Grund der Selbsteintrittserklärung des Effektenkommissionärs entstandene Kaufverhältnis ist seinem Wesen nach verbundener Rechts- und Sachkauf 439), auf das die kaufrechtlichen Vorschriften des BGB über den Gefahrenüber-

434) So zuerst die Berliner Börse mit Beschluss v. 3.3.1930. Entsprechendes gilt für die anderen Börsen.

435) Vgl. Ulmer a. a. O. S. 268 unter Hinweis auf Göppert S. 234; Fischer a. a. O. Anm. 18; Küsters in BA 37, 175 (179); Düringer-Hachenburg § 222 Anm. 5; a. A. Nussbaum in JW 1932, Anm. zu S. 3179 Nr. 6; zust. Möhring in BB 1953, 773 (774) Fussn. 7.

436) Vgl. Ehrenberg in seinem Hdb. I S. 644 ff..

437) Vgl. RGZ 132, 149 (155 f.); Fischer a. a. O. Anm. 12; Ulmer a. a. O. S. 269.

438) Vgl. Ulmer a. a. O. S. 269 f.; zusammenfassend Fischer a. a. O. Anm. 14, der die Vertretungsmacht enger fassen will; a. A. Bender in WPr. 1955, 322 ff.; dagegen Schmitt in WPr. 1955, 83 ff..

439) Vgl. RGZ 109, 195 (197); Heinichen in RGRK z. HGB § 381 Anm. 4; RGRK z. BGB § 437 Anm. 24, § 459 Anm. 1; Düringer-Hachenburg § 381 Anm. 1, 2, 4 und Bd. V 1. Hälfte S. 50; Lehmann in ZHR 51, 374; Oertmann Hdb.

gang und die Rechts- und Sachmängelhaftung Anwendung finden 440). Ergänzt werden diese Vorschriften durch die §§ 577 ff. HGB, sofern das Geschäft für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, d. h. auch der Kommittent Kaufmannseigenschaft besitzt 441).

Die Arbeit kann sich daher nach ihrer Themenstellung darauf beschränken, die grundsätzlichen Fragen aufzuzeigen 442).

Als Sachmängel kommen bei Wertpapieren nach h. A. 443) nur solche Fehler i. S. d. § 459 (1) BGB in Frage, die sich sinnlich wahrnehmbar aus der Urkunde als solcher ergeben.

Nicht beigespflichtet werden kann Heinichen 444), der die Lieferbarkeit der Wertpapiere als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft i. S. d. § 459 (1) BGB ansieht. Die Nichtlieferbarkeit kann wohl auf einem Sachmangel des Wertpapiers beruhen und ist stets bei seinem Vorliegen gegeben, sie kann jedoch auch auf einem Rechtsmangel beruhen 445). Man würde daher in Verfolgung der Ansicht Heinichen's auf dem Umweg über die Nichtlieferbarkeit wegen des gleichen Fehlers die Rechts- und Sachmängelansprüche nebeneinander anzuwenden haben. Eine derartige Konkurrenz von Ansprüchen aus Rechts- und Sachmängelhaftung wegen desselben Fehlers kann aber nicht bestehen 446).

Hinsichtlich der Rechtsmängel ergeben sich keine Besonderheiten 447). Zu beachten ist aber, dass die strengen Zulassungsbestimmungen an der Börse bereits in gewissem Umfang eine Gewähr für die Freiheit von Rechtsmängeln geben.

Fortsetzung der Fussnote 439) von Seite 85

S. 488 f.; Zahn in BA 34, 547 f.; Staudinger-Ostler § 437 Anm. 40, 41; Soergel-Siebert § 437 Anm. 7.

440) Vgl. die oben Zitierten und RGZ 59, 240 (241); 108, 279 (280 f.); 108, 316 (317); RG Recht 1923, Nr. 220.

441) Vgl. oben S. 44.

442) Im übrigen kann auf die oben zitierte Literatur verwiesen werden. Eine ausführliche Darstellung des Streitstands findet sich bei Menke.

443) Vgl. statt vieler Staudinger-Ostler § 437 Anm. 41; v. Schwerin S. 152; Enneccerus-Lehmann § 108 IV 5. A. A. Heinichen a. a. O., der auch Zusicherungen tatsächlicher Art als Grundlage von Sachmängelansprüchen zulässt (§ 381 Anm. 12 b).

444) Heinichen in RGRK z. HGB § 381 Anm. 12 b.

445) Vgl. § 14 (2) der Frankfurter Börsenbedingungen. Vgl. dazu auch Zahn in BA 34, 547 ff.; Düringer-Hachenburg Bd. V 1. Hälfte S. 60 Anm. 63.

446) Vgl. Staudinger-Ostler § 437 Anm. 40.

447) Als Rechtsmangel stellt sich insbesondere der Mangel der Möglichkeit dar, das Recht geltend zu machen, z. B. infolge einer über das Wertpapier verhängten Zahlungssperre; vgl. RGZ 109, 295 (297). Vgl. auch BGHZ 8, 222 (234).

Sind die gekauften Wertpapiere mit einem Rechts- oder Sachmangel behaftet, so kann der Kommittent grundsätzlich nur die Lieferung mangelfreier Stücke verlangen. Dies folgt aus der entsprechenden Anwendung der für Börseninnengeschäfte getroffenen Regelung über die Rechtsfolgen bei Lieferung nichtlieferbarer Stücke (z.B. § 14 (4) der Frankfurter Börsenbedingungen). Gegen die Anwendung dieser Börsenusage, die den wirtschaftlichen Bedürfnissen im Effktengeschäft entspricht, bestehen keine Bedenken. Die in Ziff. 30 (2) AGB getroffene Verweisung auf die Börsenancen ist daher insoweit als wirksam zu erachten.

§ 12 DAS KONKURSVORRECHT

I. ALLGEMEINES

Ein Konkursvorrecht wurde dem Einkaufskommittenten erstmals durch die Novelle zum Depotgesetz vom 23.11.1923 eingeräumt. Anlass hierfür war der Umstand, dass die Novelle, unter dem Druck der Wertpapierinflation, die Verpflichtung zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses von einem hierauf gerichteten Verlangen des Kommittenten abhängig machte. Damit war aber zwangsläufig die Gefahr verbunden, dass der geschäftsunerfahrene Kommittent dieses Verlangen in Unkenntnis der Bedeutung der Übersendung des Stückeverzeichnisses nicht geltend machen würde, was sich in der Praxis bestätigte. Ein Eigentumserwerb des Kommittenten fand daher in der Regel nicht statt, so dass er im Konkurs des Einkaufskommissionärs auf die Konkursdividende beschränkt gewesen wäre. Diese Gefahr sollte durch ein Konkursvorrecht wenigstens in den Fällen ausgeglichen werden, in denen der Kommittent seine Verpflichtung aus der Ausführung der Einkaufskommission voll erfüllt hatte 448).

Dieses in § 7a DepG 96 i.d. Fassung der Novelle v. 1923 normierte Konkursvorrecht wurde mit wesentlichen Änderungen in § 32 des Depotgesetzes v. 1937 übernommen, obgleich § 18 (1) DepG 37 die Pflicht des Einkaufskommissionärs zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses, entsprechend der Regelung vor Erlass der Novelle von 1923, unabhängig von einem Verlangen des Kommittenten eintreten lässt und insgesamt die Schutzvorschriften zugunsten des Kommittenten verschärft wurden 449).

Dies und die Einführung der Depotprüfung 450) haben dazu geführt, dass die Fälle der Geltendmachung eines derartigen Konkursvorrechts selten geworden

448) Über den Erfolg dieses Bestrebens vgl. Jaeger in ZZP 49, 20 (26 ff.); ders.

KO 6./7. Aufl. § 61 Anm. 6a; OLG Nürnberg in JW 1933, 2352.

449) Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere die §§ 14, 34-40 DepG; weiter § 266 StGB i.d. Fassung v. 26.5.1933.

450) Rechtsgrundlage hierfür war § 35 KWG.

sind. Durch die günstige Entwicklung der Ertragslage der Kreditinstitute ist die Bedeutung des Konkursvorrechts naturgemäss weiter in den Hintergrund getreten, da diese eben vor allem in wirtschaftlichen Krisenzeiten in Erscheinung tritt. Die grundsätzliche Bedeutung des Konkursvorrechts nach § 32 DepG bleibt davon jedoch unberührt.

II. WESEN UND ENTSTEHUNG DES KONKURSVORRECHTS

Bei dem, den Vorschriften des § 35 (1 u. 2) Hypothekenbankgesetzes v. 13.7.1899 bzw. 29.3.1930 und der §§ 77 (4), 78 (1) des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen v. 6.6.1931 nachgebildeten Konkursvorrecht des Depotgesetzes 451) handelt es sich nicht um ein Aussonderungsrecht, wie aus der Fassung des § 32 DepG folgt 452). Es stellt auch kein Absonderungsrecht dar 453). Dementsprechend finden die Vorschriften der §§ 64, 153, 155, 156, 168 Nr. 3 KO nur eine analoge Anwendung (§ 32 (4) S.2 DepG). Unbestrittenerweise können die Vorzugsgläubiger demnach nur als Konkursgläubiger innerhalb des Konkursverfahrens, also nur nach Anmeldung und Feststellung ihrer Forderungen, nicht wie Absonderungsberechtigte, ausserhalb des Konkursverfahrens (§ 4 (2) KO), Befriedigung beanspruchen.

Der nach § 32 DepG bevorrechtigte Einkaufskommittent ist bevorrechtigter Konkursgläubiger und geht insoweit auch den nach § 61 (1-5) KO bevorrechtigten Konkursgläubigern vor. Zu berücksichtigen ist dabei, dass das Konkursvorrecht nach § 32 DepG auf die Gegenstände der Sondermasse beschränkt ist (§ 32 (3) DepG). Soweit diese zur Befriedigung nicht ausreicht oder soweit der bevorrechtigte Konkursgläubiger auf sein Vorrecht verzichtet, ist bzw. wird er zum gewöhnlichen Konkursgläubiger und steht insoweit den nach § 61 (1-5) KO Bevorrechtigten im Rang nach.

Nicht berührt werden durch das Konkursvorrecht nach § 32 DepG folgende, nach der Konkursordnung gegebene Rechte:

- a) Aussonderungsrechte: Soweit der Einkaufskommittent die Aussonderung von Wertpapieren und von Ansprüchen auf Lieferung von Wertpapieren 454) verlangen 451) Vgl. Jaeger in ZZP 49, 20 (23).
- 452) Dies war auch unter der Geltung des § 7a DepG 96 die überwiegende Auffassung; vgl. Jaeger 6./7. Aufl. § 61 Anm. 6a; OLG Nürnberg in JW 1933, 2351; Riesser-Bernstein S. 171 f..
- 453) Vgl. Opitz § 32 Anm. 3; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 193. Vgl. auch Jaeger in ZZP 49, 20 (28) und Riesser-Bernstein S. 171 f. hinsichtlich des § 32 (4) S.2 DepG 37 entsprechenden § 7a (1) S.3 DepG 96.
- 454) Für eine Anwendung des § 392 (2) HGB ist bei der Selbsteintrittskommission begrifflich kein Platz, da eine Abtretung i.S.d. § 393 (1) HGB nur bei regulärer Kommissionsausführung möglich ist.

kann, bleiben diese Rechte unberührt.

b) Absonderungsrechte: Soweit für Dritte Absonderungsrechte an Gegenständen der Sondermasse begründet sind (§§ 48, 49 KO), gehen sie dem Konkursvorrecht aus § 32 DepG vor (455).

c) Aufrechnungsbefugnis: Ist ein Konkursgläubiger, der dem Gemeinschuldner Wertpapiere zu liefern hat, nach den §§ 53, 54 KO zur Aufrechnung befugt, so wird diese Befugnis nicht dadurch ausgeschlossen, dass die gegen ihn gerichteten Wertpapierlieferungsansprüche zur Sondermasse gehören.

d) Masseansprüche: Das Konkursvorrecht aus § 32 DepG besteht nur gegenüber Konkursforderungen, nicht gegenüber Masseansprüchen. Da die Gegenstände der vorzugsweisen Befriedigung eine Sondermasse bilden (§ 32 (3) DepG), wird man dem Sinn dieser Bestimmung nur dann gerecht, wenn man nur solche Masseansprüche dem Konkursvorrecht aus § 32 DepG vorgehen lässt, die in Bezug auf diese Sondermasse entstanden sind (456).

Das im Rahmen dieser Arbeit interessierende Konkursvorrecht des Einkaufskommittenten nach § 32 (1) Ziff. 1 DepG setzt begrifflich, wie auch die der anderen in § 32 DepG bevorrechtigten Personenkreise, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Effekteneinkaufskommissionärs voraus (§ 32 (1) DepG 457). Vor Eröffnung des Konkurses hat der im Konkursfall bevorrechtigte Personenkreis keine Rechte an den im Konkursfall zur Sondermasse gehörenden Wertpapieren und Wertpapierlieferungsansprüchen. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO zur Sicherung der Sondermasse kommt nicht in Frage, da eine derartige Verfügung nur zur Sicherung einer Individualleistung möglich ist, der Anspruch des Einkaufskommittenten aber bis zur Konkretisierung nach § 243 (2) BGB nur artmässig bestimmt ist (458).

Nach Eröffnung und während der Dauer des Konkursverfahrens greift § 14 KO ein.

455) Ist der Rechtsbestand des Absonderungsrechts angreifbar, so hat der Konkursverwalter, unter Verantwortung gegenüber den Bevorrechtigten aus § 32 DepG, deren Rechte wahrzunehmen (§ 82 KO). Vgl. dazu Opitz § 32 Anm. 3.

456) Vgl. Jaeger § 61 Anm. 3 und 6k; Bley in KonkTr 1937, 138; Mentzel-Kuhn § 61 Anm. 13, § 58 Anm. 11; Ratz in RGRK z. HGB Anhang II zu § 424 Anm. 198; Opitz § 32 Anm. 3 (S. 355); a. A. Quassowski-Schröder § 32 Anm. 22d (normale Zitierung muss infolge unrichtiger Gliederung bei Quassowski-Schröder unterbleiben).

457) Wird mangels Masse die Konkursöffnung abgelehnt, so gelangt das Konkursvorrecht nicht zur Entstehung.

458) Vgl. oben S. 54.

III. INHALT DES KONKURSVORRECHTS

Vorzugsgläubiger nach § 32 (1) Ziff. 1 DepG 459) sind die Einkaufskommittenten, die bei Eröffnung des Konkursverfahrens Eigentum oder Miteigentum an Wertpapieren noch nicht erlangt, aber ihre Verpflichtungen aus dem Geschäft über diese Wertpapiere gegenüber dem Kommissionär vollständig erfüllt haben, und zwar auch dann, wenn der Kommissionär die Wertpapiere im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens noch nicht angeschafft hatte.

Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 32 (2) DepG gilt dies entsprechend für die Kommissionsausführung im Wege des Selbsteintritts 460).

Das Konkursvorrecht steht dem Einkaufskommittenten grundsätzlich nur dann zu, wenn er seine Verpflichtungen aus dem Geschäft über die Wertpapiere gegenüber dem Kommissionär vollständig erfüllt hat. Massgebender Zeitpunkt hierfür ist der Zeitpunkt der Konkurseröffnung. Im Zweifel bestimmt sich die Frage, hinsichtlich welcher Posten vollständig erfüllt ist, nach § 366 BGB.

Schwierigkeiten bei der Prüfung, ob der Kommittent vollständig erfüllt hat, können sich insbesondere dann ergeben, wenn Kommissionär und Kommittent im Kontokorrentverkehr (§ 355 HGB) stehen und der Kommittent, der eine Mehrzahl von Aufträgen hatte ausführen lassen, noch einen Restbetrag 461) schuldet 462).

Schütz 463) kam, ausgehend von § 366 BGB, zu dem Ergebnis, dass sich die Restschuld nur auf die zuletzt angeschafften Wertpapiere beziehen könne. Diese dem Schutzgedanken des § 7a DepG 96 entsprechende Lösung blieb jedoch nicht unwidersprochen 464).

Sowohl das Kontokorrent i. S. d. § 355 HGB, wie das der Praxis 465) gehen davon aus, dass die einzelnen Zahlungen nicht zur Erfüllung bestimmter Verbindlichkeiten, sondern zur Verrechnung auf den Saldo geleistet werden. § 366 BGB kann daher nach heute einhelliger Auffassung auf Kontokorrentverhältnisse keine

459) Die Vorzugsgläubiger nach § 32 (1) Ziff. 2 DepG interessieren im Rahmen dieser Arbeit nicht.

460) Dies entspricht der unter der Geltung des § 7a DepG 96 vertretenen Auffassung. Darüber hinaus hat § 32 (2) DepG das Konkursvorrecht auch auf die Fälle erweitert, dass jemand bei einem Eigenhändler Wertpapiere gekauft oder erworben hat.

461) Soweit dieser nicht mehr als 10% des Gesamtbetrags ausmacht, ist die Frage unerheblich, da dann § 32 (1) Ziff. 3 DepG eingreift.

462) Diese kurz nach Inkrafttreten des § 7a DepG 96 von Schütz in BA 23, 131 angeschnittene Frage, ist weder in § 32 DepG, noch in § 19 (4) DepG restlos gelöst worden. Vgl. Opitz § 32 Anm. 5 (S. 357 ff.).

463) A. a. O.; ebenso Cohn in BA 29, 76; ähnl. Schmidt-Rimpler S. 694.

464) Vgl. Schumann S. 15; Opitz in Festschrift für Pinner S. 384.

465) Vgl. dazu Grigat.

Anwendung finden 466), gleichgültig welcher Konstruktion des Kontokorrents man den Vorzug gibt 467).

Die Entscheidung dieser Frage hat nach § 19 (4) DepG zu erfolgen, der nicht getrennt von § 32 DepG betrachtet werden kann. Dieses Ergebnis entspricht den Folgerungen, die sich ohnehin aus der Staffeldkontokorrentlehre ergeben.

Zur Ermittlung des Saldos sind nach § 19 (4) S. 2 DepG alle Posten, nicht nur die auf Effektengeschäfte bezüglichen, heranzuziehen. Führt der Kommissio-när für den Kommittenten mehrere Konten 468), so ist nach § 19 (4) S. 3 DepG das Konto massgebend, auf dem das Kommissionsgeschäft zu buchen war.

Gleichgültig für die Frage der vollständigen Erfüllung ist es, ob der Kom-mittent im Verzug ist oder nicht. Auch gestundete oder noch nicht fällige Zah-lungen müssen geleistet sein 469). Die Erfüllung der Abnahmepflicht des Kom-mittenten bleibt für den Begriff der vollständigen Erfüllung nach Sinn und Zweck des § 32 DepG, wie überhaupt des ganzen Depotrechts, ausser Betracht 470).

Da es unbillig und dem Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr widersprechend sein würde, dem Einkaufskommittenten das Konkursvorrecht dann zu versagen, wenn er mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Geschäft über die Wertpapiere nur geringfügig im Rückstand ist, bestimmt § 32 (1) Ziff. 3 DepG, dass das Konkursvorrecht auch dann gegeben ist, wenn der nichterfüllte Teil der Verpflichtungen zehn vom Hundert des Werts des Wertpapierlieferungs-anspruchs 471) nicht übersteigt und der Einkaufskommittent diese Verpflichtung binnen einer Woche nach Aufforderung des Konkursverwalters vollständig erfüllt.

466) Vgl. Schlegelberger-Hefermehl § 355 Anm. 28; v. Godin in RGRK z. HGB § 355 Anm. 19; Düringer-Hachenburg § 355 Anm. 35; Opitz § 32 Anm. 5 (S. 358); Quassowski-Schröder § 32 Anm. 10 (S. 278); RGZ 87, 434 (438); JW 1904, 151 Nr. 27; BA 31, 86.

467) Im Zweifel wird man der Staffeldkontokorrentlehre den Vorzug zu geben haben, die sich aus dem Bankkontokorrent entwickelt hat und in § 19 (4) DepG ihre Bestätigung gefunden hat. Vgl. die Darstellung des Streitstands bei v. Godin in RGRK z. HGB § 355 Anm. 4b.

468) Vereinbarungsgemäss, nicht eigenmächtig; vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 146; Quassowski-Schröder § 19 D II 2.

469) Vgl. Düringer-Hachenburg § 406 Anm. 27a; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 194; Quassowski-Schröder § 32 Anm. 10; a. A. Zedermann in ZBH 1927, 231.

470) Vgl. Mayr S. 34 ff. m. w. N.; zustimmend Ratz a. a. O.; Jaeger § 61 Anm. 6b; Opitz § 32 Anm. 10; a. A. Quassowski-Schröder § 32 Anm. 9.

471) Nicht abzustellen ist also auf die Gesamtverpflichtung des Kommittenten. Der Wert des Wertpapierlieferungsanspruchs ist nach dem Zeitpunkt anzusetzen, der für die Preisfestsetzung massgebend war, nicht nach dem Wert z. Zt. der Konkurseröffnung. Vgl. Opitz § 32 Anm. 7 (a. E.); Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 196; Quassowski-Schröder § 32 Anm. 1 b.

Im Gegensatz zu § 7a DepG 96 gibt § 32 (1) DepG ein Konkursvorrecht auch in den Fällen, in denen der Kommittent Eigentum oder Miteigentum an Wertpapieren erlangt hatte, dieses aber durch eine rechtswidrige Verfügung des Kommissionärs oder seiner Leute verletzt worden ist, sofern der Kommittent bei der Eröffnung des Konkursverfahrens seine Verpflichtungen aus dem Geschäft über die Wertpapiere vollständig erfüllt hat (§ 32 (1) Ziff. 2 DepG). Wegen der Einzelheiten, insbesondere des Begriffs der vollständigen Erfüllung, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Durch diese Erweiterung des Konkursvorrechts ist die empfindliche Lücke im Kundenschutz, die § 7a DepG 96 offengelassen hatte, was zu berechtigter Kritik führte, geschlossen worden.

IV. GEGENSTAND DES KONKURSVORRECHTS

Nach § 32 (3) S. 1 DepG werden die Konkursbevorrechtigten aus einer Sondermasse befriedigt. Diese wird gebildet aus den in der Konkursmasse vorhandenen Wertpapieren derselben Art 472) und aus den Ansprüchen auf Lieferung solcher Wertpapiere 473) (§ 32 (3) S. 1 DepG). Es sind daher soviele Sondermassen zu bilden, als Wertpapierarten in den angemeldeten und als bevorrechtigt festgestellten Forderungen 474) enthalten sind, soweit derartige Wertpapiere oder darauf gerichtete Lieferungsansprüche in der Konkursmasse vorhanden sind 475).

Gleichgültig ist es, aus welchem Rechtsgrund der Gemeinschuldner die Wertpapiere oder Wertpapierlieferungsansprüche erworben hat. Auch seine eigenen Bestände fallen in die Sondermasse 476). Soweit Lieferungsansprüche in Geldforderungen übergegangen sind, etwa nach § 325 BGB, gehören sie ebenfalls zur Sondermasse 477).

472) Die Arteinheit erfordert, dass die Papiere nicht nur denselben Aussteller haben, sondern auch die gleiche Rechtsstellung gewähren. Vgl. Jaeger in ZJP 49, 20 (26); Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 199; Quassowski-Schröder § 32 Anm. 24; vgl. auch oben S. 3.

473) Gleichgültig ist, welcher Art der Lieferungsanspruch ist; ob dinglich, schuldrechtlich, artmässig bestimmt oder konkretisiert; vgl. Ratz a. a. O.

474) §§ 32 (4) DepG, 139, 144 KO.

475) Ungenau Quassowski-Schröder a. a. O., die allgemein auf die Anzahl der in der Konkursmasse vorhandenen Wertpapierarten und Wertpapierlieferungsansprüche abstellen.

476) Nicht in die Sondermasse fällt Treugut, da den Treugebern ihr gewohnheitsrechtlich begründetes Aussonderungsrecht verbleibt; (vgl. Jaeger in ZJP 49, 20 (24)); desgl. nicht die nach § 33 DepG zu bildenden Sondermassen; vgl. Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 199; Quassowski-Schröder § 32 Anm. 24.

477) Vgl. Ratz a. a. O.; Quassowski-Schröder a. a. O. .

Wählt der Konkursverwalter nach § 17 KO die Nichterfüllung, so geht der Lieferungsanspruch unter 478). Der Konkursverwalter kann sich aber dadurch unter Umständen gegenüber den nach § 32 DepG Bevorrechtigten nach § 82 KO ersatzpflichtig machen 479).

Bereits erbrachte Leistungen des Gemeinschuldners, die infolge der Nichtgeltendmachung des Erfüllungsanspruchs durch den Konkursverwalter ganz oder teilweise zur Masse zurückfließen 480), sind die Sondermasse zuzuführen, der sie im Falle ihrer Geltendmachung angehört hätten. Dies ist aus dem Grundsatz zu folgern, dass die Sondermassen nicht zugunsten gewöhnlicher Konkursgläubiger geschmälert werden dürfen 481).

Auch Anfechtungsansprüche auf Rückgewähr von Wertpapieren oder Wertpapierlieferungsansprüchen gehören zur Sondermasse 482).

Da § 32 DepG die bevorzugte Befriedigung der Vorrechtsgläubiger durch die Bildung der Sondermassen sicherstellen will, ist der Konkursverwalter nicht berechtigt, diese Sondermassen dadurch zu schmälern, dass er, womöglich gegenüber nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, nach § 17 KO die Erfüllung wählt. § 32 DepG geht insoweit § 17 KO vor 483).

V. DIE VERTEILUNG DER SONDERMASSE

Im Gegensatz zu der unter der Geltung des § 7a DepG 96 überwiegend vertretenen Auffassung 484), dass die Verteilung nach konkursrechtlichen Grundsätzen, d. h. durch Versilberung der Sondermasse und Verteilung des Erlöses zu erfolgen hat, bestimmt § 32 (3) S. 2 DepG, dass die Verteilung grundsätzlich in Natur zu erfolgen hat, soweit diese nach dem Verhältnis der Forderungsbeträge aller bevorrechtigten Gläubiger möglich ist 485). Sämtliche Vorrechtsgläubiger

478) Vgl. Mayr S. 41; Jaeger in ZZP 49, 20 (25); Ratz a. a. O. .

479) Vgl. Ratz a. a. O.; Opitz § 32 Anm. 10.

480) Soweit ein Bereicherungsanspruch, der mit der h. L. (vgl. Jaeger § 17 Anm. 44 m. w. N.) zu gewähren ist, gegeben ist.

481) Vgl. Opitz a. a. O.; Quassowski-Schröder a. a. O. .

482) Vgl. Ratz a. a. O.; Quassowski-Schröder a. a. O. .

483) Vgl. Opitz § 32 Anm. 10; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 194; a. A. Quassowski-Schröder § 32 Anm. 9.

484) Vgl. Wassertrüding in LZ 1931 Sp. 805; Riesser-Bernstein S. 171 f.; Staub-Gadow 14. Aufl. Anh. zu § 424 Anm. 108, unter Aufgabe der in der Vorauflage vertretenen Auffassung; Mayr S. 56.

485) Da die Forderungen der Vorrechtsgläubiger auf Lieferung eines bestimmten Nennbetrags oder eine bestimmte Stückzahl von Wertpapieren gerichtet ist, ist für das Verhältnis der Forderungsbeträge allein das Verhältnis der Nennbeträge oder Stückzahlen massgebend; vgl. Opitz § 32 Anm. 15 (S. 368).

sind dabei im Rang gleich 486).

Lediglich soweit eine Verteilung in Natur nicht möglich ist, d.h. bei Spitzenbeträgen oder sofern die in dem Nennbetrag der Wertpapiere der Sondermasse enthaltene Anzahl kleinster Stücke 487) geringer ist, als die Zahl der Vorrechtsgläubiger, erfolgt eine Versilberung 488), deren voller Erlös ebenfalls im Verhältnis der Forderungsbeträge zu verteilen ist (§ 32 (3) S. 3 DepG) 489).

Ist eine Sondermasse nach Befriedigung der Vorrechtsgläubiger nicht erschöpft, so fällt sie in dieser Höhe der allgemeinen Konkursmasse, nicht den anderen Sondermassen zu 490).

Fortsetzung der Fussnote 485) von Seite 93

Unschärf, wenn auch im Ergebnis gleich, Quassowski-Schröder § 32 Anm. 27; Ratz in RGRK z. HGB Anh. II zu § 424 Anm. 200.

486) Dies war in § 7a (1) S. 2 DepG 96 ausdrücklich bestimmt und folgt für das geltende Depotrecht aus § 32 (3); vgl. Ratz a.a.O..

487) Gegebenenfalls hat der Konkursverwalter für einen Umtausch Sorge zu tragen.

488) Insoweit ist eine Verwendung zur Lieferung nach § 17 KO möglich; vgl. Opitz § 32 Anm. 14.

489) Unter der Geltung des § 7a DepG 96 trug nach h.A. der Kommittent das Risiko eines Kursverlusts, während ein Kursgewinn der allgemeinen Konkursmasse zugeschlagen wurde; vgl. OLG Nürnberg in JW 1933, 2351 Nr. 19; Riesser-Bernstein S. 172; Eisold in KonkTr 1930 S. 61; Staub-Gadow a.a.O.

490) Vgl. Ratz a.a.O.; Opitz § 32 Anm. 15 (a.E.).

III. ABSCHNITT

Der Eigenhandel der Banken

§ 13 ENTWICKLUNG DES EIGENHANDELS

Nach Erlass des Börsengesetzes von 1896, das die Abwicklung der Kommissionsgeschäfte wesentlich erschwerte, trat der Eigenhandel immer mehr in Erscheinung. So gab 1905 Zadig 491) den Banken den Rat, den Fussangeln des Kommissionsrechts dadurch zu entgehen, dass sie prinzipiell und in allen Fällen als Eigenhändler aufträten. Dieser Rat wurde in der Praxis jedoch nur teilweise befolgt 492).

Am Markt für amtlich nicht notierte Werte war dagegen der Eigenhandel frühzeitig üblich geworden, da bei den mit diesen Geschäften verbundenen Spesen die Provisionen des Kommissionsgeschäfts als zu gering erschienen. Dementsprechend führten die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft bereits 1914 folgendes aus: "Die Aufnahme der Eigenhändlerklausel ist nach den Anschauungen in den Bank- und Börsenkreisen nicht schlechtweg geeignet, die betreffende Firma als unzuverlässig und nicht vertrauenswürdig erscheinen zu lassen. Wenngleich eine derartige Klausel bei den weniger zuverlässigen Firmen die Regel bildet, so gibt es doch auch hochachtbare Firmen, die sie anwenden" 493).

Die offiziellen AGB des Centralverbands des deutschen Bank- und Bankiergewerbes brachten denn auch bereits 1914 eine besondere Klausel, in der der Eigenhandel bei amtlich nicht notierten Werten als generell vereinbart angesehen wird.

Infolge der Börsenschliessungen von 1914-1919 und 1931-1932 entwickelte sich der Eigenhandel zu grosser Blüte und erfüllt heute eine wesentliche Funktion innerhalb der Volkswirtschaft. Zu beachten ist dabei, dass zu den in dieser Geschäftsform gehandelten Werten auch solche der öffentlichen Hand und erstklassiger Unternehmen gehören 494).

491) Zit. bei Bernstein in BA 14, 311 und Nussbaum Tatsachen S. 70.

492) Diese allgemeine Eigenhändlerklausel wurde in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend als blosser Vorbehalt des Selbsteintrittsrechts aufgefasst; vgl. Staub-Gadow § 383 Anm. 9a und Anh. zu § 424 Anm. 79; Ritter § 383 Anm. 8b; Düringer-Hachenburg § 383 Anm. 21 u. die bei diesen angegebenen Fundstellen.

493) In Holdh. 20, 162.

494) Vgl. oben S. 17.

§ 14 ZULÄSSIGKEIT DER EIGENHÄNDLERKLAUSEL IN DER FORM DER ZIFF. 29 (2) AGB

Nach Ziff. 29 (2) AGB werden im Wege des Eigenhandels die zum amtlichen Handel nicht zugelassenen Werte gehandelt, sowie diejenigen zum amtlichen Handel zugelassenen Wertpapiere, deren Börsennotiz durch Bekanntmachung der Börsenorgane ausgesetzt ist.

Während es ausser Zweifel steht, dass die Parteien des Einzelvertrags die Geschäftsform des Eigenhandels wählen können, erscheint dies dann fraglich, wenn diese Bestimmung durch AGB einseitig für alle Geschäfte in bestimmten Werten getroffen wird 495).

Man wird die Zulässigkeit der Bestimmung der Ziff. 29 (2) AGB im Gegensatz zur allgemeinen Eigenhändlerklausel bejahen müssen, worüber in Rechtsprechung und Schrifttum Übereinstimmung besteht 496). Diese Auffassung erscheint vor allem nach der Einbeziehung des Eigenhandels unter die für Effekteneinkaufskommissionen zugunsten des Kommittenten aufgestellten Schutzvorschriften der §§ 18-30 DepG (§ 31 DepG) unbedenklich zu sein, da damit das Argument weitgehend entfällt, die Geschäftsform des Eigenhandels diene der Umgehung dieser Vorschriften.

Da auch der Eigenhändler als Vertrauensmann des Kunden zur sorgfältigen und interessewahrenden Erledigung des Geschäfts verpflichtet ist 497), könnten lediglich noch die zugunsten des Kommittenten erlassenen, unabdingbaren 498) Schutzvorschriften der §§ 400 (2-5), 401 HGB der Zulässigkeit der generellen Erklärung in Ziff. 29 (2) AGB entgegenstehen, da diese auch auf ein vereinbartes Selbsteintrittsrecht Anwendung finden. Da bei den amtlich nicht notierten Werten eine amtliche Preisfeststellung nicht erfolgt, damit das gesetzliche Selbsteintrittsrecht nach § 400 (1) HGB nicht gegeben ist 499), wäre eine kommissionsweise Abwicklung nur auf dem Weg des vereinbarten Selbsteintrittsrechts möglich, da sich die Banken auf eine reguläre Kommissionsausführung zweifellos nicht einlassen würden. Abgesehen von der letztlich doch sehr theoretischen Bedeutung der Bestimmungen der §§ 400 (2-5), 401 HGB würde sich aber beim vereinbarten Selbsteintritt die Rechenschaftspflicht sehr schwierig gestalten 500). Dass die Ban-

495) Vgl. oben S. 32 f.
496) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB § 383 Anm. 9a; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 1; Düringer-Hachenburg § 383 Anm. 33; Nussbaum in Holdh. 19 (1910) S. 161 f.; ders. in LZ 1910, Sp. 497; Bernstein S. 408. Zweifelnd Baumbach-Duden § 383 Bem. 1 D.

497) Vgl. Ratz in RGRK z. HGB § 383 Anm. 9, 9b; § 384 Anm. 1.

498) § 402 HGB.

499) Vgl. oben S. 37.

500) Vgl. die ausführliche Darstellung dieser Schwierigkeiten bei Bernstein S. 410 und Schlechtriem S. 84.

ken diesen Schwierigkeiten aus dem Wege gehen und die für sie rechtlich und wirtschaftlich günstigere Geschäftsform des Eigenhandels wählen, wird man mit der h. A. 501) daher als zulässig anzuerkennen haben.

§ 15 DIE ABGRENZUNG VON KOMMISSIONSGESCHÄFT UND EIGENHANDEL

Begrifflich besteht zwischen Kommissionsgeschäft und Eigenhandel (Properhandel) ein klarer Unterschied. Während der Kommittent den Auftrag erteilt, für seine Rechnung Waren oder Wertpapiere zu kaufen oder zu verkaufen, werden zwischen dem Eigenhändler und seinem Kunden von Anfang an die Rechte und Pflichten des Käufers und Verkäufers begründet, trägt der Eigenhändler Vor- und Nachteile im Gegensatz zum Kommissionär selbst. In der Praxis bietet die Abgrenzung jedoch erhebliche Schwierigkeiten 502). Dies gilt vor allem auf dem Gebiet des Effektengeschäfts, bei dem die Ausführung von Kommissionsaufträgen praktisch ausnahmslos im Wege des Selbsteintritts erfolgt. Freilich kommt dieser Frage infolge der Unterstellung des Eigenhandels unter die Vorschriften der §§ 18-30 DepG (§ 31 DepG) nicht mehr die entscheidende Bedeutung wie früher zu.

Auszugehen ist bei der Abgrenzung weniger von den gebrauchten Ausdrücken, als von der wirtschaftlichen Bedeutung der Erklärungen der Vertragspartner 503), da in der Praxis, vor allem auf Seiten des Kunden, weitgehend Unklarheiten über die rechtlichen Verschiedenheiten von Kommissionsgeschäft und Eigenhandel bestehen. Heranzuziehen sind zur Abgrenzung auch Handelsbrauch und Verkehrssitte. Ihre Berücksichtigung führte zur Bildung gewisser tatsächlicher Vermutungen, die beim Handel in amtlich notierten Wertpapieren 504) für das Vorliegen eines Kommissionsgeschäfts, beim Handel in nicht zum amtlichen Handel

501) Vgl. Fussnote 496.

502) Vgl. RGZ 114, 9 (10); Schmidt-Rimpler S. 507 ff.; Breit in LZ 1907, Sp. 864 ff.; Düringer-Hachenburg § 383 Anm. 20, 33; Schlegelberger-Hefermehl § 383 Anm. 28; Ratz in RGRK z. HGB § 383 Anm. 9.

503) Vgl. RGZ 114, 9 (10). Merkmale, die für ein Eigengeschäft sprechen, sind insbesondere die Vereinbarung eines festen Preises, wobei es ausreichend ist, dass er objektiv feststellbar ist (vgl. RGZ 94, 65 (66) m. w. N. und Ratz a. a. O.), sowie das Fehlen einer Weisungsbefugnis (vgl. BGHZ 1, 75 (80); OGHZ 4, 149 (155); OLG München in BB 55, 682).

504) Mit Ausnahme von Kuxen, die an der Düsseldorfer Börse amtlich notiert werden; vgl. Fussnote 75.

zugelassenen Werten und Kuxen für das Vorliegen eines Eigengeschäfts sprechen 505). Diese Vermutungen haben ihren Niederschlag in Ziff. 29 AGB gefunden, wo bestimmt wird, welche Werte in welcher Rechtsform gehandelt werden. Eine Erweiterung bringt Ziff. 29 (2) S. 2 AGB insofern, als auch Geschäfte in zum amtlichen Handel zugelassenen Wertpapieren, deren Notiz durch Bekanntmachung der Börsenorgane ausgesetzt ist, als Eigengeschäfte abgeschlossen werden.

Offen bleibt die Frage, wie Wertpapiere, die zwar zum amtlichen Handel zugelassen, aber an der Börse noch nicht eingeführt sind 506), gehandelt werden. Eine amtliche Feststellung des Börsenpreises erfolgt bei diesen Wertpapieren nicht. Geschäfte in derartigen Wertpapieren wären nach Ziff. 29 (1) AGB von der Bank als Kommissionär durch Selbsteintritt auszuführen. Da ein gesetzliches Selbsteintrittsrecht der Bank mangels einer amtlichen Preisfeststellung nicht gegeben ist (§ 400 (1) HGB), die Vereinbarung eines Selbsteintrittsrechts in Ziff. 29 (1) AGB nicht erblickt werden kann 507), ist eine solche Abwicklung allein auf Grund der Ziff. 29 (1) AGB nicht möglich.

Die gleiche Schwierigkeit ergibt sich, wenn aus irgendwelchen Gründen eine Börsennotiz längere Zeit unterbleibt, ohne dass der in Ziff. 29 (2) S. 2 AGB geregelte Tatbestand gegeben ist 508). Einer erweiternden Auslegung der Ziff. 29 (2) S. 2 AGB stehen die Auslegungsgrundsätze für AGB entgegen 509).

Soweit bei Geschäften in derartigen Wertpapieren ein vertragliches Selbsteintrittsrecht, bzw. eine Ausführung im Wege des Eigenhandels zwischen den Parteien nicht vereinbart worden ist, wird man entsprechend der oben angeführten tatsächlichen Vermutung, das Vorliegen eines Kommissionsgeschäfts annehmen müssen, das dann regulär abzuwickeln wäre.

Nicht mit der Frage von Kommissionsgeschäft und Eigenhandel zu verwechseln ist die Frage, ob Geschäfte in amtlich nicht notierten Werten im Hinblick auf Ziff. 29 (2) AGB auch dann als Eigengeschäft abgeschlossen sind, wenn die Offerte des Kunden auf Abschluss eines Kommissionsvertrags gerichtet war 510).

505) Vgl. Nussbaum in Holdh. 19 (1910) S. 161 f.; ders. in LZ 1910, Sp. 497 ff.; BA 26, 184; Schriftleitung des BA in BA 25, 460 Fussnote 2; Düringer-Hachenburg a. a. O.; Ratz § 383 Anm. 9a; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 383 Anm. 1.

506) Vgl. zum Begriff der Einführung Meyer-Bremer § 36 Anm. 1.

507) Vgl. oben S. 39.

508) Vgl. BGHZ 8, 222 (227).

509) Vgl. oben S. 30.

510) Vgl. die entsprechenden Ausführungen zu Ziff. 29 (1) AGB auf S. 39.

§ 16 DER ABSCHLUSS DES EIGENGESCHÄFTS

Während der Kommittent dem Kommissionär eine Auftragsofferte macht, deren Annahme diesem nach der Natur des Kommissionsgeschäfts die Pflicht auferlegt, sich mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Kaufmanns um den Abschluss des übernommenen Geschäfts zu bemühen, macht der Kunde dem Bankier beim Eigengeschäft eine auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete Offerte 511). Die sog. In-nota-nahme dieser Offerte durch die Bank stellt lediglich eine Empfangsbestätigung, nicht die Annahme dieser Offerte dar.

Die Pflicht des Bankiers, sich um den Abschluss eines Deckungsgeschäfts zu bemühen, das ihn in die Lage versetzt, die Offerte des Kunden anzunehmen, sofern er nicht im eigenen Interesse abschliessen will, folgt aus dem zwischen Bank und Kunden abgeschlossenen Bankvertrag 512), in dem sich die Bank verpflichtet, für den Kunden auf der Grundlage der AGB tätig zu werden. Der Umfang dieser Bemühungspflicht wird dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bemessen sein, wobei vor allem zu berücksichtigen ist, ob die Werte im geregelten oder ungeregelten Freiverkehr gehandelt werden. In jedem Fall wird man an die Bemühungspflicht des Eigenhändlers infolge der schwierigen Deckungsmöglichkeit geringere Anforderungen stellen können, als an die des Kommissionärs. Eine Bemühungspflicht des Eigenhändlers ganz abzulehnen, wie dies etwa Bernstein 513) vertritt, erscheint auch bei Berücksichtigung der Besonderheiten des Eigenhandels nicht gerechtfertigt 514).

Die Offerte auf Abschluss des Eigengeschäfts wird regelmässig vom Kunden ausgehen. Die von den Banken herausgegebenen Listen, in denen sie unter der Überschrift: "Wir sind bis auf weiteres" - oder "freibleibend" - "Käufer bzw. Verkäufer in folgenden Werten" alle von ihnen gehandelten Freiverkehrswerte mit den Geld- und Briefkursen aufführen 515), haben nur den Charakter einer

511) Das Wort "Auftrag" wird in diesem Zusammenhang tunlichst vermieden, um bei der Flüssigkeit der Abgrenzung zum Kommissionsgeschäft keine Unklarheiten aufkommen zu lassen. Üblich ist die Verwendung der Ausdrücke "Anstellung" und "Gebot".

512) Vgl. oben S. 23.

513) S. 412.

514) Schlechtriem S. 78 leitet die Bemühungspflicht aus einem durch die In-nota-nahme zustandekommenden Vorvertrag ab. Unklar Rothe S. 83.

Schmidt-Rimpler S. 509 leitet die Bemühungspflicht aus dem Kaufvertrag ab, welchen der Bankier zu erfüllen habe, wozu er sich in die Lage versetzen muss. Er übersieht dabei, dass dieser Kaufvertrag erst dann zustandekommt, wenn der Bankier ein Deckungsgeschäft abgeschlossen hat.

515) Dieses Verfahren wurde üblich, um nicht gegen das Verbot des § 43 BörsG zu verstossen. Vgl. auch die Entscheidungen des RGZ zu dieser Frage in BA 10, 43 und 11, 91.

Aufforderung zur Abgabe von Offerten, wie aus der Überschrift "bis auf weiteres" oder "freibleibend" folgt 516).

Mit der Abgabe der Offerte durch den Kunden ist regelmässig eine Bindung an diese für eine bestimmte Zeit verknüpft (§§ 145, 148 BGB). Ein Widerruf durch den Antragsteller bedürfte daher der Zustimmung des Antragsempfängers. § 28b der Freiverkehrsusancen 517) ändert dies dahingehend ab, dass der Käufer oder Verkäufer von amtlich nicht notierten Werten einen Widerruf dann nicht gegen sich gelten lassen muss, wenn er sich bereits auf Grund des Antrags einem Dritten gegenüber gebunden hat und von diesem Befreiung durch unverzüglichen Widerruf nicht mehr erlangen kann. In diesem Fall muss er dem seinen Antrag Widerrufenden unverzüglich auf dem schnellsten Weg seine Annahme erklären oder sich eine angemessene Erklärungsfrist vorbehalten. Ist die Offerte "freibleibend" erteilt worden, so ist der Widerruf auch dann noch wirksam, wenn dem Antragsenden die Annahmeerklärung zugegangen ist und er jetzt sofort erklärt, den Vertrag nicht mehr zu wollen, da in einer derartigen Offerte eben nur eine Aufforderung zur Abgabe von Offerten zu erblicken ist 518).

Eine Abweichung von den Vorschriften der §§ 145 ff. BGB bringt auch § 28e der Freiverkehrsusancen, der bestimmt, dass die Offerte auch teilweise angenommen werden kann, sofern nicht ausdrücklich bestimmt worden war, dass der Posten geschlossen gehandelt werden sollte.

Eine weitere Sonderregelung trifft § 28d der Freiverkehrsusancen, der bestimmt, dass die Annahme oder Ausführung von Offerten, Geboten oder Aufträgen in amtlich nicht notierten Werten innerhalb einer Grenze von 1% des ausmachenden Betrages zulässig ist, wenn in ihnen der Kurslimitierung das Wort "circa" oder ein gleichbedeutender Zusatz beigefügt ist.

Die Gebote und Anstellungen erlöschen im Zweifel mit Monatsende, wenn sie bis auf Widerruf erteilt sind, es sei denn, dass die ausdrückliche Bestimmung getroffen worden ist, dass sie bis zum ausdrücklichen Widerruf und nicht nur bis Monatsende In-nota genommen werden sollen. Die Bestimmung entspricht insofern Ziff. 31 (1) AGB.

516) Vgl. Staudinger-Coing § 145 Anm. 16; RGRK z. BGB § 145 Anm. 5.

517) Lies: Usancen der Ständigen Kommission für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten.

518) Vgl. Fussnote 516.

§ 17 DIE ABWICKLUNG DES EIGENGESCHÄFTS

Wie bei der Abwicklung der Selbsteintrittskommission kann sich die Darstellung der Abwicklung des Eigengeschäfts darauf beschränken, die Rechte des Kunden bei Einkaufsgeschäften aufzuzeigen, da dieser bei Verkaufsgeschäften lediglich den Anspruch auf den Kaufpreis hat und sich insoweit keine Besonderheiten ergeben.

Bei Einkaufsgeschäften des Kunden richtet sich die Verpflichtung der Bank nach den §§ 433 ff. BGB.

Da es sich bei der Masse der im Freiverkehr gehandelten Werte um Wertpapiere im Sinn des hier vertretenen Wertpapierbegriffs handelt, deren Übertragung nach fahrrisrechtlichen Grundsätzen erfolgt, kann auf die bei der Abwicklung der Selbsteintrittskommission gemachten Ausführungen verwiesen werden 519).

Da weiter auf die Eigengeschäfte die Vorschriften der §§ 18-30 DepG Anwendung finden (§ 31 DepG), der überwiegende Teil der Freiverkehrswerte aber unter den Wertpapierbegriff des § 1 (1) DepG fällt, gelten auch die zu obigen Bestimmungen gemachten Ausführungen 520) für die Abwicklung von Eigengeschäften.

Für die Ausnahmefälle, dass das Eigengeschäft reiner Rechtskauf ist, wie z.B. beim Kauf von GmbH-Anteilen, ergeben sich keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten, so dass insoweit auf die Kommentierungen zu den §§ 433 ff. BGB verwiesen werden kann.

Besonderheiten in der Abwicklung ergeben sich jedoch aus den Freiverkehrsusancen. So bestimmt § 16:

Soweit nichts anderes vereinbart ist, bleiben Geschäfte in Aktien oder anderen Anteilen, deren Übertragung einer Genehmigung bedarf, wirksam, auch wenn die Genehmigung verweigert wird.

Soweit der Verkäufer nach Verweigerung der Genehmigung über den Anteil anderweit zu verfügen in der Lage ist, ist er verpflichtet, dies nach Weisung und für Rechnung des Käufers gegen Erstattung der damit verbundenen Kosten zu tun 521).

Eine Abänderung erfährt auch § 439 (1) BGB durch § 28c der Freiverkehrsusancen, wonach der Verkäufer amtlich nicht notierter Werte einen Mangel im Recht dann nicht zu vertreten hat, wenn der Mangel dem Käufer infolge Ausserachtlassung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt beim Kaufabschluss unbekannt geblieben ist. Dies soll regelmässig bei solchen Rechtsmängeln gelten, die aus dem Inhalt amtlicher Veröffentlichungen, der Statuten oder Bekanntmachungen der Gesellschaften oder Gewerkschaften oder der Börsenhandbücher unmittelbar ersicht-

519) Vgl. oben S. 54 ff..

520) Vgl. oben S. 60 ff..

521) Vgl. dazu die oben S. 80 ff. gemachten Ausführungen.

lich waren oder gefolgt werden konnten.

Wegen der übrigen in den Freiverkehrsanancen getroffenen Bestimmungen über die Kursberechnung, den Übergang von Haftungen und Nutzungen, die Tragung der Kosten von Annahme- und Abtretungserklärungen u. d. muss im Rahmen dieser Arbeit auf die Freiverkehrsanancen verwiesen werden.

ZUSAMMENFASSUNG

Als Ergebnis der Arbeit ist festzustellen, dass die vom Gesetzgeber zugunsten des Effekteneinkaufskommittenten getroffenen Schutzbestimmungen eine weitgehende Sicherung vor schädigenden und betrügerischen Manipulationen des Kommissionärs bieten.

Durch die im Depotgesetz von 1937 erfolgte Unterstellung der Eigenhandelsgeschäfte unter die für Effekteneinkaufskommissionen geltenden Schutzbestimmungen dieses Gesetzes wurde eine bis dahin bestehende empfindliche Lücke im Kundenschutz geschlossen, da dadurch die Masse der Eigenhandelsgeschäfte erfasst wurde.

DIE ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN DER PRIVATBANKEN

ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Fassung Juli 1955

Die nachstehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten für unseren Geschäftsverkehr mit unserer Kundschaft. Jeder Kunde kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen während der Geschäftsstunden bei der kontoführenden Stelle einsehen, wo sie im Schalterraum aushängen oder ausgelegt sind.

I. Allgemeines

Das Geschäftsverhältnis zwischen Kunden und Bank ist ein Vertrauensverhältnis. Die Bank stellt ihrem Kunden ihre Geschäftseinrichtungen zur Erledigung verschiedenartigster Aufträge zur Verfügung. Der Kunde darf sich darauf verlassen, dass die Bank seine Aufträge mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erledigt und dabei das Interesse des Kunden wahrt, soweit sie dazu im Einzelfall imstande ist. Die Mannigfaltigkeit der Geschäftsvorfälle, ihre grosse Zahl und die Schnelligkeit, mit der sie zumeist erledigt werden müssen, machen die Aufstellung bestimmter allgemeiner Regeln erforderlich, an die sich beide Teile zu halten haben. Nur so können Kunde und Bank wissen, was unter ihnen rechtens ist. Nur so können die beiderseitigen Belange und Risiken sowie die Entgelte des Kunden für Leistungen der Bank in angemessener Weise gegeneinander abgewogen werden.

1. (1) Die der Bank bekanntgegebenen Unterschriften gelten bis zum schriftlichen Widerruf, und zwar auch dann, wenn die Zeichnungsberechtigten in einem öffentlichen Register eingetragen sind und eine Änderung veröffentlicht wird. Der Kunde hat Änderungen seines Namens, seiner Verfügungsfähigkeit (z.B. Eintritt der Volljährigkeit) und seiner Anschrift unverzüglich schriftlich anzuzeigen.

(2) Schriftliche Mitteilungen der Bank gelten nach dem gewöhnlichen Postlauf als zugegangen, wenn sie an die letzte der Bank bekanntgewordene Anschrift abgesandt worden sind. Die Absendung wird vermutet, wenn sich ein Abdruck oder ein abgezeichneter Durchschlag des betreffenden Briefes im Besitz der Bank befindet, oder wenn sich die Absendung aus einem abgezeichneten Versandvermerk oder einer abgezeichneten Versandliste ergibt.

2. (1) Unterhält der Kunde mehrere Konten, so bildet jedes Kontokorrentkonto ein selbständiges Kontokorrent. Der Kunde kann Forderungen gegen die Bank nur mit Verbindlichkeiten in derselben Währung und nur soweit aufrech-

nen, als die Bank die Forderungen anerkennt. Bevorrechtigte Forderungen kann die Bank trotz Einstellung ins Kontokorrent selbständig geltend machen.

(2) Über das Guthaben auf einem Gemeinschaftskonto kann jeder der Inhaber allein verfügen, es sei denn, dass die Kontoinhaber der Bank schriftlich eine gegenteilige Weisung erteilt haben. Für die Verbindlichkeit aus einem Gemeinschaftskonto haftet jeder Mitinhaber in voller Höhe als Gesamtschuldner.

3. (1) Währungskredite sind in der Währung zurückzuzahlen, in der die Bank sie gegeben hat. Zahlungen in anderer Währung gelten als Sicherheitsleistung. Die Bank ist jedoch berechtigt, den Währungskredit jederzeit in deutsche Währung umzuwandeln.

(2) Die Inhaber von Währungsguthaben tragen anteilig alle wirtschaftlichen und rechtlichen Nachteile und Schäden, die das im Auslande unterhaltene Gesamtguthaben der Bank in der entsprechenden Währung als Folge von höherer Gewalt, Krieg, Aufruhr oder ähnlichen Ereignissen oder durch von der Bank nicht verschuldete Zugriffe Dritter im Auslande oder im Zusammenhang mit Verfügungen von hoher Hand des In- oder Auslandes treffen sollten.

4. (1) Während der Geschäftsverbindung ist die Bank unwiderruflich befugt, Geldbeträge für den Kunden entgegenzunehmen. Den Auftrag, einem Kunden einen Geldbetrag zur Verfügung zu stellen oder zur Verfügung zu halten, darf die Bank durch Gutschrift des Betrages auf dem Konto des Kunden ausführen, wenn ihr nicht ein anderweitiger Verwendungszweck aus dem Auftrag ersichtlich ist.

(2) Bei Aufträgen zur Auszahlung oder Überweisung von Geldbeträgen darf die Bank die Art der Ausführung mangels genauer Anweisung nach bestem Ermessen bestimmen.

(3) Gutschriften, die infolge eines Irrtums, eines Schreibfehlers oder aus anderen Gründen vorgenommen werden, ohne dass ein entsprechender Auftrag vorliegt, darf die Bank durch einfache Buchung rückgängig machen (stornieren).

(4) Wenn die Bank zur Vereinfachung des Zahlungsverkehrs ihres Kunden Aufträge zu wiederkehrenden oder zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuführenden Zahlungen oder Leistungen übernimmt, so kann sie wegen der Möglichkeit unabsehbarer Schäden für rechtzeitige Erledigung nicht haften.

5. (1) Hat die Bank im Auftrage des Kunden Urkunden entgegenzunehmen oder auszuliefern, so wird sie diese sorgfältig prüfen. Sie haftet nicht für Echtheit, Gültigkeit und Vollständigkeit der Urkunden, ferner nicht für richtige Auslegung und Übersetzung, auch nicht für Art, Menge und Beschaffenheit in den Urkunden erwähnter Waren.

(2) Hat die Bank auf Grund eines Akkreditivs, Kreditbriefs oder sonstigen Ersuchens Zahlungen zu leisten, so darf sie an denjenigen zahlen, den sie nach sorgfältiger Prüfung seines Ausweises als empfangsberechtigt ansieht.

(3) Werden der Bank als Ausweis der Person oder zum Nachweis einer Berechtigung ausländische Urkunden vorgelegt, so wird sie sorgfältig prüfen, ob diese zur Legitimation geeignet sind; sie haftet jedoch für die Eignung nicht. Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

6. Aufträge jeder Art müssen den Gegenstand des Geschäfts zweifelsfrei erkennen lassen; Abänderungen, Bestätigungen oder Wiederholungen müssen als solche gekennzeichnet sein.

7. Wenn aus Verzögerungen oder Fehlleitungen bei der Ausführung von Aufträgen oder von Mitteilungen hierüber ein Schaden entsteht, so haftet die Bank lediglich für den Zinsausfall, es sei denn, dass sie im Einzelfall die drohende Gefahr eines darüber hinausgehenden Schadens aus dem Auftrag ersehen musste. Für einen nur mit einer Wertänderung des Zahlungsmittels begründeten Schaden haftet sie nicht.

8. (1) Den Schaden, der aus Übermittlungsfehlern, Missverständnissen und Irrtümern im telefonischen, telegrafischen, drahtlosen oder Fernschreiberverkehr mit dem Kunden, mit Dritten oder mit auswärtigen Stellen der Bank entsteht, trägt der Kunde, sofern der Schaden nicht von der Bank verschuldet ist. Dies gilt auch bei irrtümlich mehrfacher Ausfertigung von Telegrammen.

(2) Die Bank behält sich vor, aus Gründen der Sicherheit des Geschäftsverkehrs bei telegrafisch oder telefonisch eingehenden Aufträgen vor Ausführung auf Kosten des Kunden telegrafisch oder telefonisch eine Bestätigung einzuholen.

(3) Telegrafische oder telefonische Mitteilungen der Bank gelten vorbehaltlich schriftlicher Bestätigung.

9. (1) Die Bank darf sich zur Ausführung aller Geschäfte, wenn sie es nach ihrem besten Ermessen für zweckmässig hält, Dritter (Personen, Firmen, Anstalten oder Behörden) bedienen. Folgt sie bei der Auswahl des Dritten einer Weisung des Kunden, so trifft sie keine Haftung; andernfalls haftet sie nur für sorgfältige Auswahl. Die Bank ist jedoch verpflichtet, ihrem Kunden auf Verlangen die etwa bestehenden Ansprüche gegen den Dritten abzutreten.

(2) Bei der Ausführung von Einzugsaufträgen im Ausland wird die Bank gleichfalls nach Massgabe der zur Verfügung stehenden Zeit und Erkundungsmöglichkeiten die Einzugsstelle sorgfältig auswählen; sie muss jedoch jede Haftung für Zahlungseinstellungen usw. der ausländischen Einzugsstelle und deren Beauftragten ablehnen.

10. Die Bank steht dem Kunden nach bestem Wissen zu allen bankmässigen Auskünften und Raterteilungen zur Verfügung. Mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der Auskünfte und Ratschläge können diese jedoch nur unter Ausschluss jeder Verbindlichkeit, auch, soweit gesetzlich zulässig, der Haftung aus § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches erteilt werden; erstrecken sich mündlich erteilte Auskünfte auf Kreditwürdigkeit oder Zahlungsfähigkeit, so gelten sie nur vorbehaltlich schriftlicher Bestätigung.

11. Mangels einer ausdrücklichen und schriftlichen abweichenden Vereinbarung übernimmt die Bank keine anderen als die in diesen Geschäftsbedingungen erwähnten Verwaltungspflichten, insbesondere nicht die Unterrichtung des Kunden über drohende Kursverluste, über den Wert oder die Wertlosigkeit anvertrauter Gegenstände oder über Umstände, die den Wert dieser Gegenstände beeinträchtigen oder gefährden könnten.

12. Die Bank darf nach bestem Ermessen in banküblicher Weise Geld und sonstige Werte auf Gefahr des Kunden mangels abweichender Vorschrift versichert oder unversichert durch Bahnhofsbrief, eingeschriebenen Brief oder unter geringer Wertangabe versenden. Verrechnungsschecks werden üblicherweise in einfachem Brief, sonstige Schecks und Wechsel unversichert in eingeschriebenem Brief oder Bahnhofsbrief versandt.

13. Wird die Bank aus einer im Auftrage oder für Rechnung des Kunden übernommenen Bürgschaft in Anspruch genommen, so ist sie auch ohne gerichtliches Verfahren auf einseitiges Anfordern des Gläubigers zur Zahlung berechtigt.

14. (1) Die Bank schliesst die Konten in der Regel halbjährlich ab und erteilt Rechnungsabschlüsse; sie behält sich vor, Konten auch in anderen Zeitabständen abzuschliessen.

(2) Ausser den vereinbarten oder üblichen Zinsen, Gebühren und Provisionen trägt der Kunde alle in Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung mit ihm entstehenden Auslagen und Nebenkosten, insbesondere Börsenumsatzsteuer, Kosten für Versicherung, Ferngespräche und Depeschen sowie Porti. Die Bank darf diese Nebenkosten ohne Einzelaufstellung in einem Gesamtbetrage in Rechnung stellen.

15. Erinnerungen gegen Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen müssen der Bank schriftlich zugehen. Sie müssen binnen einer Ausschlussfrist von vierzehn Tagen seit Zugang des betr. Schriftstücks der Bank abgesandt werden. Erinnerungen gegen sonstige Abrechnungen und Anzeigen müssen unverzüglich erhoben werden. Die Unterlassung rechtzeitiger Erinnerung gilt als Genehmigung.

16. Das Ausbleiben zu erwartender Anzeigen, insbesondere über

die Ausführung von Aufträgen jeder Art, über Zahlungen und Sendungen, ist der Bank unverzüglich nach Ablauf der Frist mitzuteilen, innerhalb deren die Benachrichtigung im gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen. Andernfalls ist die Bank von jeder Schadenshaftung befreit.

17. Der Kunde und die Bank dürfen mangels anderweitiger Vereinbarung die Geschäftsverbindung nach freiem Ermessen einseitig aufheben. Auch falls eine solche Vereinbarung getroffen ist, darf die Bank die Geschäftsverbindung aus wichtigem Grunde jederzeit beenden, insbesondere wenn der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögenslage gemacht hat oder eine wesentliche Verschlechterung seines Vermögens oder eine erhebliche Vermögensgefährdung eintritt, oder wenn der Kunde der Aufforderung zur Stellung oder Verstärkung von Sicherheiten nicht nachkommt.

18. (1) Mit der Beendigung der Geschäftsverbindung wird der Saldo jedes für den Kunden geführten Kontokorrents sofort fällig. Der Kunde ist ausserdem verpflichtet, die Bank von allen für ihn oder in seinem Auftrage übernommenen Verpflichtungen zu befreien und, soweit dies nicht möglich ist, bankmässige Sicherheit zu leisten. Die Bank darf auch selbst Haftungsverpflichtungen kündigen und sonstige Verpflichtungen insbesondere solche in fremder Währung glattstellen sowie diskontierte Wechsel sofort zurückbelasten; die wechsel- oder scheckrechtlichen Ansprüche gegen den Kunden und jeden aus dem Papier Verpflichteten auf Zahlung des vollen Betrages der Wechsel und Schecks mit Nebenforderungen verbleiben der Bank jedoch bis zur Abdeckung eines etwa vorhandenen Schuldsaldos.

(2) Auch nach Beendigung der Geschäftsverbindung gelten bis zu ihrer völligen Abwicklung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiter.

19. (1) Die Bank hat ihren Kunden gegenüber jederzeit Anspruch auf die Bestellung oder Verstärkung bankmässiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten, auch soweit sie bedingt oder befristet sind.

(2) Die irgendwie in den Besitz oder die Verfügungsgewalt irgendeiner Stelle der Bank gelangten Wertgegenstände jeder Art (z.B. Wertpapiere, Sammeldepotanteile, Schecks, Wechsel, Devisen, Waren, Konnossemente, Lager- und Ladescheine, Konsortialbeteiligungen, Bezugsrechte und sonstige Rechte jeder Art einschliesslich der Ansprüche des Kunden gegen die Bank selbst) dienen, soweit gesetzlich zulässig, als Pfand für alle - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche der Bank gegen den Kunden und seine Firma, gleichviel, aus welchem Grunde diese entstanden oder auf die Bank übergegangen sind. Es macht keinen Unterschied, ob die Bank den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz, die tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt über die Wertgegenstände erlangt hat.

(3) Im Ausland ruhende Wertpapiere unterliegen dem Pfandrecht nicht. Das gleiche gilt für ausländische im Inland ruhende Wertpapiere, für die eine deutsche Wertpapiersteuer nicht entrichtet ist; die Bank ist jedoch berechtigt, sie zu Lasten des Kunden zu versteuern; dadurch werden sie dem Pfandrecht unterworfen.

(4) Die verpfändeten Werte, ebenso alle sicherungsweise übereigneten Sachen und abgetretenen Rechte haften auch dann für sämtliche Forderungen, wenn sie der Bank als Sicherheit nur für eine besondere Forderung gegeben worden sind, es sei denn, dass die Haftung für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

(5) Die Bank kann ferner ihr obliegende Leistungen an den Kunden wegen eigener Ansprüche zurückhalten, auch wenn diese befristet oder bedingt sind oder nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

(6) Über die Erhaltung und Sicherung aller der Bank als Sicherheit dienenden Sachen und Rechte sowie über den Einzug der ihr haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden hat der Kunde selbst zu wachen und die Bank entsprechend zu unterrichten.

(7) Die Bank ist verpflichtet, auf Verlangen des Kunden Sicherungsgegenstände nach ihrer Wahl freizugeben, soweit der Wert des Sicherungsgutes die vereinbarte Deckungsgrenze nicht nur vorübergehend überschreitet.

20. (1) Kommt der Kunde seinen Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht nach oder gerät er mit der Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten in Verzug, so ist die Bank befugt, die Sicherheiten ohne gerichtliches Verfahren unter tunlichster Rücksichtnahme auf den Kunden zu beliebiger Zeit an einem ihr geeignet erscheinenden Ort auf einmal oder nach und nach zu verwerten. Unter mehreren Sicherheiten hat die Bank die Wahl. Sie darf zunächst aus dem sonstigen Vermögen des Kunden Befriedigung suchen.

(2) Eine Androhung der Verwertung, der Innehaltung einer Frist und der Ausbedingung sofortiger Barzahlung des Kaufpreises bedarf es nicht. Eine Abweichung von der regelmässigen Art des Pfandverkaufs kann nicht verlangt werden. Die Bank wird nach Möglichkeit Ort, Zeit und Art der Verwertung mitteilen, ohne aber eine Verpflichtung hierzu zu übernehmen.

21. (1) Pfänder, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, darf die Bank börsen- oder marktmässig, andere Pfänder durch öffentliche Versteigerung verwerten. Der Verpfänder ist nicht berechtigt, die Herausgabe von Zins- und Gewinnanteilscheinen der als Pfand haftenden Wertpapiere zu verlangen. Die Bank darf diese Scheine auch vor Fälligkeit ihrer Forderung verwerten und den Erlös als Sicherheit behandeln.

(2) Die Bank darf die ihr als Pfand haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden schon vor Fälligkeit ihrer Forderung kündigen und einziehen. Der Kunde ist verpflichtet, auf Verlangen der Bank die Zahlung an die Bank auf seine Kosten zu betreiben. Beim Einzug darf die Bank ohne vorherige Befragung des Kunden alle Massnahmen und Vereinbarungen mit den Drittschuldern treffen, die sie zur Eintreibung von Forderungen für zweckmässig hält, insbesondere Stundungen oder Nachlässe gewähren und Vergleiche abschliessen. Eine Verpflichtung zum Einzug sowie eine Haftung für seine Durchführung übernimmt die Bank nicht.

(3) Zur Sicherung übertragene Sachen und Rechte darf die Bank nach bestem Ermessen, insbesondere auch freihändig verwerten. Grund- und Rentenschulden wird die Bank freihändig mangels Zustimmung des Sicherheitsbestellers nur zusammen mit der gesicherten Forderung und nur in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe verkaufen. Im übrigen gelten die Bestimmungen des Abs. 2 entsprechend.

22. Kosten und Auslagen, die bei der Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten sowie durch die Inanspruchnahme von Mitverpflichteten erwachsen, wie Lagergelder, Kosten der Beaufsichtigung, Versicherungsprämien, Vermittlerprovisionen und Prozesskosten, gehen zu Lasten des Kunden.

23. Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, dass die Bank von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden oder seines Vertreters unverschuldet keine Kenntnis erlangt.

24. (1) Beim Ableben des Kunden ist die Bank berechtigt, die Vorlegung eines Erscheins, eines Zeugnisses des Nachlassgerichts über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zu verlangen; sie darf auch denjenigen, der in einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift einer Verfügung von Todes wegen nebst zugehöriger Eröffnungsverhandlung als Erbe oder Testamentsvollstrecker bezeichnet ist, verfügen lassen, insbesondere mit befreiender Wirkung an ihn leisten. Werden der Bank ausländische Urkunden zum Nachweis des Erbrechts oder der Verfügungsbefugnis über den Nachlass vorgelegt, so wird sie sorgfältig prüfen, ob die Urkunden zum Nachweis geeignet sind, haftet jedoch für die Eignung ebensowenig wie für Echtheit, Gültigkeit und Vollständigkeit sowie für richtige Übersetzung und Auslegung.

(2) Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, dass die Bank von einem Mangel in der Wirksamkeit derartiger Urkunden unverschuldet keine Kenntnis erlangt.

(3) Entsprechendes gilt für Bestellungen von Vormündern, Pflegern, Konkursverwaltern usw. und ähnliche Ausweise.

25. Die Bank haftet nicht für Schäden, die durch Störung ihres Betriebes oder durch Verfügungen von höher Hand des In- oder Auslandes veranlasst sind. Das gleiche gilt, wenn die Bank aus wichtigen Gründen ihren Geschäftsbetrieb an bestimmten Tagen oder für bestimmte Zeit ganz oder teilweise schliesst oder einschränkt.

26. Die Geschäftsräume der kontoführenden Stelle der Bank sind für beide Teile Erfüllungsort. Für alle Rechtsbeziehungen zwischen dem Kunden und der Bank ist das am Erfüllungsort geltende Recht massgebend, und zwar auch dann, wenn der Rechtsstreit im Ausland geführt wird. Die Bank kann nur am Gerichtsstand des Erfüllungsortes verklagt werden.

27. Änderungen dieser Geschäftsbedingungen gelten als genehmigt, wenn der Kunde nicht schriftlich Widerspruch erhebt. Das Schreiben muss binnen zwei Wochen nach Bekanntgabe der Neufassung abgesandt sein.

28. Für besondere Geschäftsarten gelten neben diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Sonderbedingungen, zum Beispiel für Dokumenten-Akkreditive und -Inkassi, Ander- und Sparkonten, Annahme von Verwahrstücken und Vermietung von Schrankfächern; für Dokumenten-Akkreditive gelten ausserdem die von der Internationalen Handelskammer aufgestellten "Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive".

II. Handel in Wertpapieren, Devisen und Sorten

29. (1) Die Bank führt alle Aufträge zum Kauf und Verkauf von Wertpapieren, die an der Börse des Ausführungsplatzes zum amtlichen Handel zugelassen sind, als Kommissionär durch Selbsteintritt aus, ohne dass es einer ausdrücklichen Anzeige gemäss § 405 des Handelsgesetzbuches bedarf.

(2) Bei Geschäften in Kuxen und in nicht zum amtlichen Handel zugelassenen Werten tritt sie stets als Eigenhändler auf. Das gleiche gilt für zugelassene Wertpapiere, deren Notiz durch Bekanntmachung der Börsenorgane ausgesetzt ist. Über Geschäfte im Eigenhandel rechnet die Bank netto ab.

(3) Abweichungen in der Ausführungsart müssen ausdrücklich vereinbart werden.

(4) In allen Fällen ist die Fassung der Ausführungsanzeige ohne Bedeutung.

30. (1) Sind Werte an mehreren Börsen zugelassen oder in den geregelten Freiverkehr einbezogen, so trifft die Bank mangels anderweitiger Weisung die Wahl des Ausführungsplatzes.

(2) Die Usancen des Ausführungsplatzes sind massgebend. Für Geschäfte in Kuxen und in Werten, die an der Börse des Ausführungsplatzes nicht zum amt-

lichen Handel zugelassen sind, gelten die hierfür von der Ständigen Kommission für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten jeweils festgesetzten Usancen.

31. (1) Briefliche Kauf- und Verkaufsaufträge ohne zeitliche Beschränkung werden als bis auf Widerruf, längstens bis zum Monatsschluss, telegrafische und telefonische als nur für den Empfangstag gültig vorgemerkt; doch werden Aufträge, die am Tage des Eingangs nicht mehr erledigt werden konnten, für den nächsten Börsentag vorgemerkt. Für Ausführung von Börsenaufträgen noch am Tage des Eingangs wird keine Gewähr übernommen.

(2) Aufträge für auswärtige Plätze gibt die Bank mangels besonderer Weisung nach ihrem Ermessen brieflich, telefonisch oder telegrafisch weiter. Aufträge zu Verkäufen sowie zur Ausübung oder zum Verkauf von Bezugsrechten darf die Bank ausführen, ohne zu prüfen, ob dem Kunden entsprechende Werte bei ihr zur Verfügung stehen. Die Bank darf Ausführungen ganz oder teilweise unterlassen oder rückgängig machen, wenn das Guthaben des Kunden nicht ausreicht.

32. Erinnerungen gegen Anzeigen über Ausführung von Börsengeschäften müssen sofort nach Zugang der Ausführungsanzeige telegrafisch erhoben werden. Erinnerungen wegen Nichtausführung von Börsenaufträgen sind sofort telegrafisch nach dem Zeitpunkt abzusenden, an dem die Ausführungsanzeige dem Kunden im gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen. Andernfalls gelten die Abrechnungen, Anzeigen usw. oder die Nichtausführung als genehmigt.

33. (1) Bei Geschäften in Aktien, deren endgültige Stücke noch nicht im Verkehr sind, trägt der Kunde die Gefahr der Beeinträchtigung des Aktienrechts vor Lieferung der Stücke. Für die Ausgabe der Stücke seitens der Aktiengesellschaft haftet die Bank nicht.

(2) Verkauft die Bank im Auftrage eines Kunden nicht volleingezahlte Aktien, so hat der Kunde, falls er von der Gesellschaft gemäss § 59 des Aktiengesetzes oder von seinem Vormann auf die Nachzahlung in Anspruch genommen wird, bereits vom Abschluss des Geschäftes an gegen die Bank lediglich Anspruch auf die Abtretung der ihr aus dem Kaufvertrage gegen ihren Nachmann zustehenden Rechte.

(3) Lässt ein abhängiges Unternehmen der Vorschrift des § 65 des Aktiengesetzes zuwider Aktien der beherrschenden Gesellschaft durch die Bank anschaffen, so haftet es für alle der Bank daraus erwachsenden Schäden.

34. Die Bestimmungen der Ziffern 31, 32 und 33 gelten entsprechend für Kauf- und Verkaufsangebote im Eigenhandel. Diese Angebote darf die Bank auch teilweise annehmen.

35. Die Bank führt Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Devisen und Sorten als Kommissionär durch Selbsteintritt aus, ohne dass es einer ausdrücklichen Anzeige gemäss § 405 des Handelsgesetzbuches bedarf. Die Bestimmungen der Ziffern 29 Abs. 3 und 4, 31 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 und 32 finden sinngemässe Anwendung, und zwar auch dann, wenn die Geschäfte im Eigenhandel getätigt werden.

III. Verwahrungsgeschäft

36. (1) Die Bank haftet den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend für sichere und getreue Aufbewahrung der ihr anvertrauten Wertpapiere. Die Bank darf Wertpapiere unter ihrem Namen an auswärtigen Plätzen und bei Dritten aufbewahren. Folgt sie bei der Auswahl des Dritten einer Weisung des Kunden, so trifft sie keine Haftung; andernfalls haftet sie nur für sorgfältige Auswahl.

(2) Bei Sammelverwahrung oder Sammelverwaltung durch eine Wertpapiersammelbank steht die Bank dem Kunden auch für die Erfüllung der Verwahrer- und Verwalterpflichten der Wertpapiersammelbank ein.

(3) Die Bestimmungen des vorstehenden Absatzes sind entsprechend auf den Schuldbuch-, Treuhand- und Jungscheingiroverkehr anzuwenden.

37. (1) Mangels besonderer Weisung des Kunden sorgt die Bank für Trennung der fälligen Zins- und Gewinnanteilscheine und zieht deren Gegenwert ein oder verwertet sie. Neue Zins- und Gewinnanteilscheinbogen erhebt die Bank ohne besonderen Auftrag für alle Wertpapiere, deren Zins- und Gewinnanteilscheine regelmässig getrennt werden.

(2) Verlosungen und Kündigungen überwacht die Bank, soweit Bekanntmachungen hierüber in den "Wertpapier-Mitteilungen" (Frankfurt/Main) erscheinen und die Bank die Papiere verwahrt. Pfandbriefe und Schuldverschreibungen werden ohne besondere Weisungen des Kunden eingelöst; die Einlösung und Verwertung von Wertpapieren anderer Art darf die Bank mangels besonderer Weisung des Kunden nach ihrem Ermessen vornehmen.

(3) Verloste oder gekündigte Wertpapiere, die auf ausländische Währung lauten, sowie Zins- und Gewinnanteilscheine zu solchen Wertpapieren darf die Bank mangels anderer Weisung für Rechnung des Kunden bestens verwerten.

(4) Der Gegenwert von Zins- und Gewinnanteilscheinen sowie verlosten und gekündigten Wertpapieren jeder Art wird vorbehaltlich des Eingangs gutgeschrieben.

38. Ob Wertpapiere durch Aufgebote, Zahlungssperren u. dgl. betroffen werden, wird nur einmalig nach ihrer Einlieferung an Hand der "Wertpapier-Mitteilungen" geprüft.

39. Bei Konvertierungen, Ausübung oder Verwertung von Bezugsrechten, Aufforderungen zu Einzahlungen, bei Fusionen, Sanierungen, Zusammenlegungen, Umstellungen, Umtauschangeboten wird die Bank, wenn hierüber eine Bekanntmachung in den "Wertpapier-Mitteilungen" erschienen ist, den Kunden zu benachrichtigen suchen. Die Bank erwartet die besondere Weisung des Kunden; sollte diese nicht rechtzeitig eintreffen, so wird die Bank nach ihrem besten Ermessen handeln, insbesondere darf sie Bezugsrechte bestens verkaufen, sofern sie bis zu dem der letzten Notiz des Bezugsrechtes vorhergehenden Börsentag keine anderweitige Weisung des Kunden erhalten hat. Eine Haftung für die Ausübung oder Verwertung von Bezugsrechten, die Leistung von Einzahlungen auf nicht vollbezahlte Wertpapiere und von Zubussen auf Kuxe, für die Einreichung zu Konvertierungen und Zusammenlegungen sowie für sonstige Massnahmen trifft die Bank nur, wenn der Kunde rechtzeitig einen entsprechenden Auftrag erteilt hat.

L E B E N S L A U F

Ich, Nikolaus Vötter, wurde am 23. Dezember 1934 in München als Sohn des Bankbeamten Otto Vötter und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Vötter, geboren.

Von 1941-1943 besuchte ich die Volksschule an der Herrenstrasse in München. Die weitere Volksschulabildung bis zum Kriegsende erhielt ich in Bad Reichenhall, wohin ich wegen der Kriegereignisse evakuiert worden war.

Im Januar 1946 trat ich in die 1. Klasse der Ludwigs-Oberrealschule in München ein. In den folgenden Jahren bereitete ich mich dort auf die Reifeprüfung vor, die ich im Juni 1953 an dieser Anstalt ablegte.

Vom Wintersemester 1953/54 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Ludwigs-Maximilians-Universität in München.

Am 21. Januar 1958 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung mit der Prüfungsgesamtnote "gut".

Seit März 1958 stehe ich in München als Rechtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst.

